



**UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



TESIS

**INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS ESTADOS Y EL DERECHO DE ACCESO A
UN RECURSO EFECTIVO EN PROCESOS DE REPOSICIÓN LABORAL CONTRA
UN ESTADO EXTRANJERO EN EL PERÚ**

**TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADO**

PRESENTADO POR:

**BACHILLER MARCIA GOVINDA GLADYS CONDOY
TRUYENQUE**

ASESOR:

ROBERTO GONZALES ÁLVAREZ

CUSCO – PERÚ

2018

1



A mi madre por darme todas las oportunidades para ahora estar aquí y a todos los animales que esperan su destino mientras buscamos la forma en que el derecho pueda abolir su esclavitud.



Resumen

Los tribunales nacionales han aplicado la norma de la inmunidad jurisdiccional estatal desde inicios del Siglo XIX, aplicando progresivamente una posición restringida de la misma. No obstante, su desarrollo fue particular y fragmentado de tribunal a tribunal, razón que impulsó su codificación por parte de la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto de artículos que ahora forma parte de la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. Si bien esta norma toma una posición restringida de la inmunidad en lo referido a contratos de trabajo, el apartado c) del segundo párrafo del artículo 11 ha dejado intacta la inmunidad de jurisdicción para el Estado extranjero que contrata personal local en el Estado del foro. Bajo los términos de esta Convención, los empleados de misiones diplomáticas acreditadas en los Estados de donde son nacionales, no tienen acceso a los tribunales laborales y fácticamente a ninguna otra instancia para la determinación de sus derechos. De esta forma, al exponer a la inmunidad al test de proporcionalidad, se concluye en que existe una vulneración al derecho de acceso a un recurso efectivo de los empleados despedidos por aplicación de la inmunidad en procesos que tengan por pretensión la reposición laboral.

Palabras clave: Inmunidad jurisdiccional estatal, inmunidad restringida, Convención sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, derechos humanos, derecho a un recurso efectivo, acceso a la justicia, proporcionalidad, argumentación legal internacional, principio de integración sistemática.



Abstract

The national courts have applied the rule of jurisdictional immunity of State since the early nineteenth century, progressively applying a restricted position of it. However, its development was particular and fragmented from court to court, reason because of the International Law Commission worked in the draft articles that are now part of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property. While this rule takes a restricted position of immunity with regard to employment contracts, the second paragraph of section c) of Article 11 has left intact the immunity for the foreign State that hires local staff in the State of the forum. Under the terms of this Convention, employees of diplomatic missions accredited in the States where they are nationals have no access to labor courts and, in fact, to any other court for the determination of their rights. Thus, by exposing immunity to the proportionality test, it is concluded that there is a violation of the right of access to an effective remedy for employees dismissed for applying immunity in proceedings that claim for reinstatement.

Keywords: Jurisdictional Immunities of the State, Restrictive State Immunity, Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property, Human Rights, Right to a Remedy, Access to Justice, Proportionality, International Legal Argumentation, Principle of Systematic Integration.



Lista de abreviaciones

Convención sobre inmunidades	Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. A/RES/59/38
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
FSIA	Foreign Sovereign Immunity Act. Ley de inmunidades estatales de los Estados Unidos
IDI	Instituto de Derecho Internacional
SIA	State Immunity Act. Ley de inmunidades estatales del Reino Unido
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
R2P	Responsibility to Protect - Doctrina de responsabilidad de protección.



INTRODUCCIÓN

La presente investigación está referida a la aplicación de la norma de la inmunidad estatal en procesos de reposición laboral en el Perú como en todo Estado considerado Estado del foro, toda vez que la norma de la inmunidad estatal, en tanto norma consuetudinaria de derecho internacional, tiene el mismo efecto en la jurisdicción de todos los países. La norma de la inmunidad jurisdiccional de los Estados establece la imposibilidad jurídica de enjuiciar a un Estado ante los tribunales nacionales de otro Estado, fundamentalmente basado en el principio de igualdad soberana según la cual ningún Estado podrá ejercer su imperio sobre el otro – *par in parem non habet imperium*- y consecuentemente, tampoco podrá ejercer su jurisdicción – *par in parem non habet jurisdictionem*-, además del interés de los Estados de mantener las buenas relaciones internacionales mediante el otorgamiento de la inmunidad jurisdiccional.

Si bien el Proyecto de artículos sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional y contenida en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/59/38 denominada Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, considerada la codificación universal de la norma de la inmunidad jurisdiccional estatal, establece en el primer párrafo de su artículo 11 que la inmunidad no se aplica cuando un



proceso verse sobre un contrato de trabajo, el apartado c) del segundo párrafo de esta misma disposición establece que la inmunidad será aplicada cuando el proceso tenga por pretensión la reposición de un trabajador despedido, es decir, que ante un despido ilegal, el trabajador no podrá acudir a sus propios tribunales a fin de reivindicar su derecho a ser repuesto, fijándose en todo caso, los tribunales nacionales del Estado extranjero que lo contrató, como tribunal competente a la luz de la aplicación de la inmunidad estatal.

Es justamente la denegación de acceso a los tribunales laborales peruanos, y en general, a los tribunales del Estado del foro, lo que se identifica como una vulneración al derecho de acceso a un recurso efectivo, comúnmente denominado acceso a la justicia, y que supone de investigación del presente trabajo.

Para analizar esta problemática es necesario proceder a un análisis en relación a las bases profundas de la inmunidad estatal, evaluar las razones de su instauración en el derecho internacional como norma que hasta el momento ha sido identificada como una restricción legítima y proporcional al derecho de acceso a un recurso efectivo y más concretamente, analizar el trabajo preparatorio del Proyecto de artículos sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, cuya aplicación por parte de los tribunales nacionales e internacionales supone en el caso de procesos laborales con pretensión de reposición del trabajador una ineludiblemente una restricción absoluta que de forma categórica niega el acceso a un recurso efectivo al trabajador despedido.



De esta forma, este trabajo presenta una discusión y análisis de la norma de la inmunidad estatal, más reciente y a la luz de los nuevos paradigmas de derecho internacional, en tanto que atrás van quedando las consideraciones al Estado como principal sujeto del derecho internacional frente a la consideración del ser humano como fin último de este sistema de normas. Si bien ahora son pocos y aislados los casos en los que un trabajador decide vindicar su derecho a ser repuesto contra un Estado extranjero, el hecho es que cada vez son más abundantes y diversas las misiones diplomáticas acreditadas en el territorio peruano y en general en todos los países, tales como embajadas, consulados, misiones científicas, agencias de cooperación o bases militares, que para el logro de sus fines contratan personal local para la realización de trabajos que serán realizados en territorio peruano o del Estado del foro que corresponda, situación ante la cual es perenne la obligación del Estado de proteger el derecho de reposición del empleado mediante el otorgamiento y garantía de acceso a un recurso efectivo en caso de producirse un despido ilegal, puesto que frente al incremento de las misiones diplomáticas, la vulneración evidenciada frente a despidos ilegales dejaría de ser un caso aislado para convertirse en una vulneración sistemática o incluso masiva como sucedería en un caso de despido colectivo. Además de ello, es importante considerar que un despido ilegal no solamente construye una ilegalidad en sí mismo, sino también muchas veces es corolario de otras ilegalidades tales como discriminación, acoso laboral, esclavitud.



Esta investigación se realizó mediante el análisis documental tanto del trabajo preparatorio del Proyecto de artículos sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes elaborado por la Comisión de Derecho Internacional contenido en los anuarios de los años comprendidos entre los años de 1977 y 2004, de la legislación nacional, la Convención Europea sobre inmunidad de los Estados de 1972 y otras normas pertinentes de derecho internacional, la jurisprudencia sobre la materia de cortes nacionales como de cortes internacionales y otros mecanismos de control de derechos humanos, como la doctrina especializada, instrumentos que, en forma conjunta, han dotado de la información necesaria para arribar a las conclusiones del presente trabajo.

Todo esto, con el objetivo de demostrar que la aplicación de la inmunidad jurisdiccional estatal en casos de procesos de reposición laboral, no supone una restricción legítima ni proporcional al derecho de acceso a un recurso efectivo, sino más bien una categórica denegación del ejercicio de este derecho para el trabajador despedido por el Estado extranjero que lo empleó y consecuente vulneración de este derecho, lo que a su vez supone el quebrantamiento de obligación de derechos humanos por parte del Estado peruano y del Estado del foro del que se trate

Este trabajo presenta al juez nacional peruano o del Estado del foro de que se trate, que como único recurso verdaderamente efectivo y pretende fijar el argumento legal razonable consistente en una interpretación sistemática de la obligación del Estado de otorgar inmunidad jurisdiccional y la obligación de cumplir con el otorgamiento y garantía de un



recurso efectivo con el cual juez nacional pueda negar la inmunidad en procesos de reposición laboral contra un Estado extranjero.

El primer capítulo describe el problema de investigación así como la fijación de los objetivos perseguidos y la justificación de la investigación, el segundo capítulo fija el marco teórico y el desarrollo sustancial de las dos categorías de estudio: la inmunidad jurisdiccional de los Estados y el derecho de acceso a un recurso efectivo, el capítulo tercero está referido al diseño metodológico y finalmente el capítulo cuarto contendrá los resultados de la presente investigación, las conclusiones arribadas y las recomendaciones correspondientes.



ÍNDICE

Resumen	3
Abstract	4
Lista de abreviaciones	5

CAPÍTULO I - INTRODUCCIÓN

Introducción	6
1.1. Planteamiento del problema	17
1.2. Formulación del problema	23
1.2.1. <i>Problema principal</i>	23
1.2.2. <i>Problemas secundarios</i>	23
1.3. Objetivos de la investigación	25
1.3.1. <i>Objetivo general</i>	25
1.3.2. <i>Objetivos específicos</i>	25
1.4. Justificación de la investigación	27
1.4.1. <i>Conveniencia</i>	27
1.4.2. <i>Relevancia social</i>	27
1.5. Valor teórico	29
1.6. Utilidad metodológica	29
1.7. Delimitación del estudio	30
1.7.1. <i>Delimitación espacial</i>	30
1.7.2. <i>Delimitación temporal</i>	31



1.7.3. Delimitación social	31
1.8. Limitaciones	31
1.9. Aspectos éticos	32

CAPÍTULO II - MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	33
2.1.1. Tesis	33
2.1.2. Artículos especializados	44
2.2. Bases teóricas	53
2.1.1. INMUNIDAD JURISDICCIONAL LOS ESTADOS	53
2.1.1.1. Desarrollo histórico	54
a. Desarrollo histórico en las cortes nacionales	56
a.1 Common Law	56
a.2 Civil Law	59
b. Reconocimiento como norma de derecho internacional	64
c. Evolución en los límites de la inmunidad jurisdiccional de los Estados	66
d. Evolución en la codificación de la inmunidad jurisdiccional de los Estados	70
d.1. Legislación nacional	71
d.2. Convenciones regionales	74
2.1.1.2. Convención de las naciones unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, Convención sobre inmunidades.	75
a. El método inductivo	76
b. Enfoque ecléctico	77
c. Pragmatismo	78
d. La Convención como reflejo del derecho consuetudinario actual	80
e. Bajo número de ratificaciones	84
f. No detiene el desarrollo progresivo	88
2.1.1.3. La inmunidad como norma general. Naturaleza y alcance	92
a. Fundamentos de la inmunidad	93
a.1. Igualdad soberana de los Estados	93
a.2. Un nuevo concepto de soberanía	96
a.3. Independencia	99
a.4. Dignidad	99
a.5. Necesidad de función	100



a.6. Mantenimiento de las buenas relaciones entre estados, reciprocidad y comitas gentium	101
b. Naturaleza de la norma de inmunidad jurisdiccional	102
c. Alcance de la norma de inmunidad jurisdiccional	107
c.1. La inmunidad no supone exención de la aplicación del derecho sustantivo	110
c.2. La inmunidad como excepción al principio de soberanía territorial	112
c.3. Inmunidad como norma formal	116
2.1.1.4. Teoría de la inmunidad absoluta y restringida	120
a. Teoría de la inmunidad absoluta	121
b. Teoría de la inmunidad restringida	124
b.1. Fundamentos para restringir la inmunidad	127
b.2. Criterios de restricción y distinción entre <i>acta iure imperii</i> y <i>acta iure gestionis</i>	130
b.3. Excepciones a la norma de inmunidad en la Convención sobre inmunidades	140
b.4. Otras excepciones aplicadas por tribunales nacionales	147
2.1.1.5. Perspectivas en torno al futuro de la inmunidad jurisdiccional de los Estados	158
2.1.1.6. Excepción a la inmunidad por contratos de trabajo	171
a. Elementos de los contratos de trabajo como excepción a la norma de inmunidad	173
a.1. El empleo que da un Estado	174
a.2. Los servicios que han de rendir los empleados	175
a.3. La posibilidad o justiciabilidad de un procedimiento incoado ante los tribunales nacionales del Estado del foro	181
b. Cuestiones sobre la excepción de contratos de empleo	184
b.1. La cuestión de la jurisdicción	184
b.2. Cuestión del derecho aplicable	193
b.3. La cuestión de la inmunidad del Estado extranjero empleador	199
c. Práctica estatal respecto a la excepción por contratos de trabajo con énfasis en el acto de despido y la pretensión de reposición	202
c.1. Excepción por contratos de trabajo en la legislación nacional y convención europea sobre inmunidad de los estados	204
c.2. La práctica judicial estatal en la excepción por contratos de trabajo	214
c.3. La práctica judicial de los Estados en procesos de reposición laboral	217
d. La excepción de contratos de trabajo en los trabajos preparatorios de la CDI	228
d.1. Escases de material para la redacción del artículo 11 de la convención	240
d.2. Posición de los Estados en la CDI sobre la inmunidad en procesos laborales sobre reposición	241
d.3. Determinación de los actos de despido y reposición como <i>iure gestionis</i>	243
d.4. La independencia del Estado y prerrogativa de organización como base para la inmunidad en los casos de despido y reposición	255



d.5. Otras consideraciones para la procedencia de demandas sobre reposición laboral	263
2.2.2. DERECHO DE ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO	271
2.2.2.1. Desarrollo histórico	271
2.2.2.2. Concepto	273
2.2.2.3. Naturaleza	278
a. Como derecho humano	279
a.1. Declaración Universal de Derechos Humanos	281
a.2. En la Convención Americana de Derechos Humanos	281
a.3. En la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	286
a.4. Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de Los Pueblos	290
a.5. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	291
b. Como norma consuetudinaria de derecho internacional	292
c. Como principio general de derecho	295
d. Derecho constitucional y el derecho interno	297
2.2.2.4. Alcance del derecho de acceso a un recurso efectivo	299
a. Es un derecho autónomo	306
b. Requisito de existencia de un reclamo discutible	311
c. Obligación a cargo del Estado	313
d. Obstáculos al derecho de acceso a un recurso efectivo	318
e. No es un derecho absoluto	321
2.2.2.5. La inmunidad de jurisdicción estatal como restricción al derecho de acceso a un recurso efectivo	325
a. El papel de los tribunales nacionales	329
b. Test del recurso alternativo razonable	334
c.1 Waite and Kennedy v. Germany	339
c.2 Caso SUEPO	343
c. Otros mecanismos para la determinación de los derechos	345
c.1. Posibilidad de demandar ante los tribunales nacionales del Estado extranjero	346
c.2. El caso del daño especial en Colombia	347
c.3. Protección diplomática	352
c.4 Sistema de órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas	356
2.3. Definición de términos	358
2.3.1. <i>Actos ius gestionis</i>	358
2.3.2. <i>Actos ius imperii</i>	358
2.3.3. <i>Comisión de derecho internacional</i>	359



2.3.4.	<i>Contratos de trabajo para fines de la inmunidad estatal</i>	359
2.3.5.	<i>Estado del foro</i>	360
2.3.6.	<i>Estado extranjero</i>	361
2.3.7.	<i>Inmunidad jurisdiccional</i>	362
2.3.8.	<i>Igualdad soberana de los Estados</i>	363
2.3.9.	<i>Jurisdicción</i>	364
2.4.	Formulación de hipótesis	365

CAPÍTULO III - DISEÑO METODOLÓGICO

3.1.	Diseño	366
3.2.	Categorías de estudio	367
3.3.	Universo y técnica de recolección de datos	367
3.4.	Técnica de recolección de datos	368

CAPÍTULO IV - RESULTADOS Y CONCLUSIONES

4.1.	Resultados	369
4.2.	Discusión de resultados	371
4.3.	Conclusiones	382
4.4.	Recomendaciones	385
	Referencias bibliográficas	387
	Referencias electrónicas	394
	Referencias Jurisprudenciales	396
	<i>Sentencias y Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	396
	<i>Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	397
	<i>Sentencias de la Corte Internacional de Justicia</i>	398



<i>Sentencias de cortes nacionales</i>	398
Documentos de los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional y Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes	400
Resoluciones de la Asamblea General	403
Anexo 1 - Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes	404
Anexo 2 - Sentencia del 02 de octubre de 2017 en el caso “Edgar Cristian Tello Rivera contra la Agencia de Cooperación de Corea en el Perú”	420
Anexo 3 - Matriz de consistencia	447



CAPÍTULO I

1.1. Planteamiento del problema

La comisión de derecho Internacional ha definido a la inmunidad jurisdiccional de los Estados como un principio general de derecho internacional consuetudinario con una base sólida e indiscutida en la práctica general de los Estados (Vol.II Segunda parte, 1979, pág. 231). Este principio se basa principalmente en el fundamento de la igualdad soberana y la independencia los Estados (Vol. II Primera parte, 1986, pág. 38), de acuerdo con la cual se entiende que - por ser iguales- ningún Estado podría juzgar a otro. Este principio se suele expresar mediante el aforismo latino *par in parem not habet imperium* o *par in parem not habet jurisdictionem*. Además de ello se debe considerar que la norma de inmunidad de los Estados está estrechamente vinculada con el mantenimiento de las relaciones y cortesía internacional.

Ahora bien, esta norma no es absoluta, en tanto que su aplicación presenta excepciones en las cuales la inmunidad no se puede hacer valer. Tales excepciones están referidas a ciertas esferas de actividad que los Estados realizan que, por ser de naturaleza privada, la práctica



internacional no le confiere inmunidad jurisdiccional, y en consecuencia tales actividades pueden ser juzgadas por los tribunales del Estado del foro.

La regla de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, en tanto norma de tipo consuetudinario, ha sido codificada en el Proyecto de artículos desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional que concluyó con la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004 contenido en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/59/38, en la cual se delimita el ámbito de aplicación de la norma, su alcance y las excepciones.

Entre las excepciones que la Convención reconoció a la regla de inmunidad Estatal, está la contenida en el artículo 11 referida a contratos de trabajo. El contenido del artículo es el siguiente:

Artículo 11 Contratos de trabajo

1. 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.



2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica:

a) si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público;

b) si el empleado es:

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

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

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

iiii) 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

iv) cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática;

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

d) 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;

e) 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;



f) 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.

En términos generales, la excepción contenida en el artículo 11 establece que la inmunidad no se podrá hacer valer en procesos resultantes de contratos de trabajo concertado entre el Estado extranjero e individuos, estableciendo como base de jurisdicción que el desempeño de los servicios se haya realizado en el Estado del foro, y que el demandante sea nacional o residente permanente de este Estado (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 34). Están excluidas de esta disposición las relaciones laborales regidas por el derecho administrativo del Estado extranjero, como es el caso de los funcionarios o empleados en funciones especiales en el ejercicio del poder público y que gozan de protección diplomática.

De esta forma, el personal laboral de un Estado extranjero, a quien se aplique la base de jurisdicción antes mencionada y cuya relación laboral no este regida por el derecho administrativo del Estado extranjero, puede enjuiciar a dicho Estado por hechos surgidos en una relación laboral ente los tribunales del Estado del foro. Este es el caso del personal técnico, administrativo y de servicio.

Sin embargo, la inmunidad ha quedado vigente cuando la pretensión del proceso laboral verse sobre reposición, conforme se aprecia del apartado c) del párrafo 2 del artículo 11. Es decir, que, en el Estado actual del derecho internacional, un empleado despedido por un Estado extranjero no tiene la posibilidad jurídica de acudir a los tribunales nacionales –del



Estado del foro- para buscar su reposición en el puesto laboral del que fue despedido, como se ha constatado en el caso peruano “Edgar Cristian Tello Rivera contra la Agencia de Cooperación de Corea en el Perú” donde la sentencia de primera instancia (2015) declaró fundada la Excepción de Incompetencia presentada por el Estado de Corea, decisión que fue confirmada en la sentencia de segunda instancia (2017).

Fueron dos razones fundamentales las que llevaron a la Comisión de derecho internacional a reconocer la inmunidad para procesos que buscan la reposición del empleado: i) porque al momento de la redacción de los artículos no se encontró que en la práctica judicial de los Estados se denegara la inmunidad para casos laborales y ii) porque se consideró que la decisión de contratación y despido de empleados es un acto realizado en ejercicio de prerrogativas de poder público. Además de ello, también se sugirió la dificultad práctica que supone que un Estado obligue a otro a contratar o reponer a un empleado en su administración.

Entonces nos encontramos en un caso en el que en un proceso laboral cuya pretensión sea la reposición del empleado contra el Estado extranjero, existe una obligación internacional que exige al Estado del foro otorgar inmunidad jurisdiccional a favor del Estado extranjero que es empleador. En otras palabras, el tribunal nacional no puede conocer un proceso en el que es competente bajo las normas internas de competencia cuando la inmunidad se aplique.



En tales casos, la regla de inmunidad establece que el proceso deberá ser llevado a cabo en los tribunales del Estado extranjero empleador. Esto es así porque la inmunidad es una norma procesal, y como tal no extingue el derecho sustantivo en juego, sino que traslada la competencia del tribunal de un Estado al tribunal de otro. La Corte Internacional de Justicia señaló que la norma de inmunidad es esencialmente de naturaleza procesal, regula el ejercicio de la jurisdicción respecto de una conducta particular y, por lo tanto, es totalmente distinta de la ley sustantiva que determina si esa conducta es legal o ilegal. (Jurisdictional Immunities of The State (Germany v. Italy: Greece Intervening), 2012, pág. 124)

Así, el trabajador que pretende su reposición contra el Estado extranjero con quien mantuvo contrato laboral, tiene -teóricamente- acceso a un recurso efectivo en los tribunales del Estado extranjero que lo contrató para la determinación de su pretensión de reposición. No obstante, este acceso resulta únicamente teórico y no práctico. Así, como podrá ser determinado posteriormente en el trabajo de investigación, el acceso a los tribunales del Estado extranjero es una quimera, por lo que no existen casos en los cuales el trabajador haya postulado su demanda ante los tribunales del Estado extranjero.

En este contexto ¿existe vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo, entendido como una instancia para la determinación de los derechos, cuando está de por medio una pretensión de reposición en casos de otorgamiento de inmunidad jurisdiccional? como se apreciará en el desarrollo de este trabajo, la inmunidad jurisdiccional del Estado supone



una restricción al acceso a un recurso efectivo que, bajo una óptica de derechos individuales, no resulta ser proporcional o necesaria.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema principal

¿Cómo superar la vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo en procesos de reposición laboral contra un Estado extranjero por invocación de inmunidad jurisdiccional en el Perú?

1.2.2. Problemas secundarios

1° ¿Existe vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo en procesos de reposición laboral contra un Estado extranjero por invocación de inmunidad jurisdiccional?

2° ¿Puede el juez laboral nacional peruano apartarse del contenido del apartado c) del párrafo segundo del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades



jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes para denegar la inmunidad jurisdiccional a un Estado extranjero en procesos de reposición laboral?

- 3° ¿Cuenta el juez laboral peruano con instrumentos legales nacionales e internacionales para fundamentar un argumento legal razonable con el cual apartarse del contenido del apartado c) del párrafo segundo del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y denegar la inmunidad jurisdiccional a un Estado extranjero en procesos de reposición laboral?
- 4° ¿Cuál es la actual postura en el derecho internacional relativa al otorgamiento de inmunidad jurisdiccional a los Estados extranjeros en el contexto de un proceso laboral con pretensión de reposición?
- 5° ¿Cuál es el argumento legal razonable que debe establecer el juez nacional peruano para apartarse del contenido del apartado c) del párrafo segundo del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y denegar la inmunidad jurisdiccional a un Estado extranjero en procesos de reposición laboral?



1.3. Objetivos de la investigación

Los objetivos de la presente investigación se plantean en conformidad con los problemas enunciados en el estudio. En tal sentido cada uno de los objetivos, tanto el general como los específicos guardan correspondencia con cada uno de los problemas planteados.

1.3.1. Objetivo general

Prescribir la forma de superar la vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo en procesos de reposición laboral contra un Estado extranjero por invocación de inmunidad jurisdiccional en el Perú.

1.3.2. Objetivos específicos

1° Demostrar la existencia de vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo en procesos de reposición laboral contra un Estado extranjero por invocación de inmunidad jurisdiccional.

2° Prescribir que el juez laboral peruano puede apartarse del contenido del apartado c) del párrafo segundo del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades



jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes para denegar la inmunidad jurisdiccional a un Estado extranjero en procesos de reposición laboral.

3° Prescribir que el juez laboral peruano cuenta con instrumentos legales nacionales e internacionales para fundamentar un argumento legal razonable con el cual apartarse del contenido del apartado c) del párrafo segundo del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y denegar la inmunidad jurisdiccional a un Estado extranjero en procesos de reposición laboral.

4° Identificar la postura actual en el derecho internacional relativa al otorgamiento de inmunidad jurisdiccional a los Estados extranjeros en el contexto de un proceso laboral con pretensión de reposición.

5° Prescribir el argumento legal que debe establecer el juez laboral nacional peruano para apartarse del contenido del apartado c) del párrafo segundo del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y denegar la inmunidad jurisdiccional a un Estado extranjero en procesos de reposición laboral.



1.4. Justificación de la investigación

El presente trabajo se justifica en las siguientes razones:

1.4.1. Conveniencia

Es conveniente el desarrollo del presente trabajo, ya que he identificado que existe una vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo en una proporción de la población laboral en procesos laborales con pretensión de reposición, y por ello es conveniente un estudio que determine la materialización de esta vulneración y cuál es la solución para el mismo, tomando como instrumento un argumento legal razonable que el juez laboral peruano puede dar a fin de defender su competencia y denegar la inmunidad jurisdiccional a un Estado extranjero que como empleador falto a sus obligaciones establecidas en un contrato de trabajo.

1.4.2. Relevancia social

La relevancia social de este trabajo está dada porque el hecho de que exista un sector de la fuerza laboral que no tiene acceso a un recurso efectivo para garantizar el disfrute de su derecho laboral reclamado por medio de una pretensión de reposición. Al mismo tiempo recordar que todo Estado tiene interés en que su derecho interno,



en este caso laboral, sea respetado, y el interés legalmente protegido de ver a sus ciudadanos respetados en el escenario internacional. Al mismo tiempo, el estado es parte de diferentes instrumentos de derechos humanos y consecuentemente tiene la obligación positiva de garantizar el acceso a un recurso efectivo para todos sus ciudadanos. En este sentido, este trabajo podría beneficiar a la población que laboral que dejó de laborar en la representación de un Estado extranjero en su propio país, y al mismo tiempo solucionar este conflicto de obligaciones mediante una interpretación de integración sistemática mediante el cual el Perú no necesariamente incumpla sus obligaciones nacidas de la regla de inmunidad.

1.4.3. Implicancias prácticas

Teniendo en cuenta la naturaleza consuetudinaria de la regla de la inmunidad estatal, el trabajo propuesto pretende otorgar al juez laboral nacional peruanos un argumento legal razonable mediante el cual deniegue la inmunidad, no como un incumplimiento de obligación internacional, sino más bien como parte del desarrollo progresivo de esta norma.



1.5. Valor teórico

Aun cuando la norma de la inmunidad es generalizada y aceptada, la misma es hoy en día objeto de múltiples debates tanto en los tribunales internacionales como a nivel doctrinal, que la enfrentan con el respeto y protección del derecho de acceso a un recurso efectivo (derecho humano reconocido en varios instrumentos internacionales), así como la vulneración que ello conlleva a otros derechos individuales.

Por consiguiente, el presente trabajo podría ser un aporte para tales debates jurídicos, en tanto intento fijar el rol que los jueces nacionales tienen en la protección del derecho de acceso a un recurso frente a la norma de inmunidad jurisdiccional de los Estados en el escenario internacional.

1.6. Utilidad metodológica

En el desarrollo de la presente investigación se ha hecho un abordaje metodológico de acuerdo a la naturaleza del objeto de estudio, lo que constituye un aporte metodológico para futuros investigadores. El presente trabajo podría ayudar a definir un nuevo alcance de la norma de la inmunidad jurisdiccional de los Estados en procesos laborales relativos a reposición, pero también otros temas, teniendo en cuenta que, como norma



consuetudinaria, la inmunidad está en constante cambio y evolución en la práctica internacional.

En ese sentido, pretendo ir más allá de lo que la Convención sobre inmunidades contiene, y establecer un argumento legal razonable que el juez nacional tome como sustento para una motivación que concilie la obligación del Estado tanto en el otorgamiento de inmunidad como la protección del derecho de acceso a un tribunal para con sus nacionales.

1.7. Delimitación del estudio

1.7.1. Delimitación espacial

El presente estudio extiende su alcance al territorio de la Republica peruana donde eventualmente puede tener aplicación la propuesta de estudio para superar la vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo en procesos de reposición laboral contra un Estado extranjero por invocación de inmunidad jurisdiccional.



1.7.2. Delimitación temporal

La investigación se ha iniciado en el año 2017 proyectándose su culminación para el mes de noviembre del 2018. Así mismo la propuesta que planteamos de manera argumentativa se proyecta para el futuro donde se deba aplicar las normas nacionales al margen de la inmunidad jurisdiccional de los Estados.

1.7.3. Delimitación social

Los alcances del presente estudio beneficiaran directamente a los trabajadores peruanos o residentes en el Perú que laboran en misiones diplomáticas establecidas en nuestro territorio.

1.8. Limitaciones

En el aspecto económico no he tenido limitación alguna ya que el estudio se ha sostenido y desarrollado con los recursos propios de la autora de la investigación. En cuanto al acceso a la información bibliográfica debemos señalar que la bibliografía pertinente en nuestro medio es escasa, sin embargo, ello se ha superado con la información confiable que se ha recogido y discriminado del internet. También vale mencionar que el 80 % de la información disponible se encuentra en idioma inglés, no obstante, también se ha superado esta limitación tras una lectura atenta y conocimiento del idioma.



1.9. Aspectos éticos

En la tesis se ha seguido la normativa establecida por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UAC, respetando lo dispuesto para las referencias de las fuentes de donde se ha tomado la información y estableciendo la originalidad en nuestro abordaje del problema de investigación.



CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

2.1.1. Tesis

Tesis 1

Guilherme Bonácul Rodrigues (2016) realizó la tesis titulada “*STATE IMMUNITY AND HUMAN RIGHTS BEFORE NATIONAL AND INTERNATIONAL COURTS*”, en la Facultad de Derecho de Derecho de la Universidad de Sao Paulo para obtener el grado de Magister en Brasil. Entre otras, la tesis arriba a las siguientes conclusiones (original en inglés, traducción propia):

1. La ley de inmunidad del Estado se encuentra en las capas inferiores del derecho internacional. En consecuencia, expresiones como "igualdad soberana", "comunidad de naciones y" dignidad de soberano "serán inevitablemente elevadas cuando se discuta. Las presiones en estas capas han sido causadas por la acumulación y el engrosamiento de los estratos legislativo y constitucional del



derecho internacional, como prueba de la notable expansión del cuerpo del derecho internacional de los derechos humanos.

2. Hasta ahora, sin embargo, estas presiones no han sido suficientes para dar lugar a la preponderancia de los derechos humanos sobre las normas relacionadas con la inmunidad estatal. Aunque la inmunidad estatal impide la realización de justicia para las víctimas de violaciones graves del derecho internacional, todavía ejerce un tirón de cumplimiento.

3. Dentro de la perspectiva actual predominante centrada en el estado del derecho internacional, en términos generales, los argumentos que apoyan el argumento según el cual un Estado no tiene derecho a la inmunidad por actos que violan los derechos humanos y la norma *ius cogens* no han tenido éxito. Ha habido, por supuesto, voces que estaban en desacuerdo con esta perspectiva hegemónica. Y expresaron este desacuerdo proveniente de diferentes premisas. Se puede mencionar aquí la opinión disidente de Cançado Trindade adjunta a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en Inmunidades jurisdiccionales del Estado, en la que se propuso que el enfoque centrado en el estado del derecho internacional debería dar lugar a valores humanos fundamentales. La corte italiana de casación recurrió a técnicas de adjudicación generalmente asociadas con el constitucionalismo moderno, como los principios generales, el concepto de jerarquía normativa y el equilibrio y la proporcionalidad.



4. Las discusiones legales sobre la relación entre la inmunidad del Estado y los derechos humanos a menudo ocultan y desvían la atención del problema real subyacente, a saber, el de la impunidad. Después de todo, las demandas civiles derivadas de violaciones graves de los derechos humanos se presentan contra Estados extranjeros principalmente debido a la imposibilidad de obtener un remedio de lo contrario.

5. Lady Hazel Fox y Philippa Webb enfatizaron que la ley de inmunidad estatal no es estática. Es poco probable, pero puede darse el caso de que la situación eventualmente llegue a un punto en el que se sentirá necesaria una acción transformadora y, a través de la aceptación general por parte de los tribunales y los Estados, los cambios en el consenso sobre la ley de inmunidad del Estado pueden tomar lugar. El derecho internacional puede rápidamente, incluso en cuestiones que antes se consideraban extremadamente polémicas. Y también podría ser el caso de jurisdicción sobre Estados extranjeros en casos de derechos humanos.

Tesis 2

Michelle Rojas Martínez (2016) realizó la tesis titulada ***“INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y EJECUCIÓN EN EL PROCESO LABORAL CHILENO, CON ESPECIAL MENCIÓN EN LA TUTELA EJECUTIVA LABORAL”***, en la Facultad de Derecho Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile para grado de Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Entre otras, la tesis arriba a las siguientes conclusiones:



1. El Derecho Laboral como Derecho social, tal como lo han clasificado ciertos autores, se sostiene tanto sobre la protección social del individuo contra los riesgos sociales, como sobre las relaciones individuales y colectivas que nacen del contrato de trabajo.

2. De lo anterior, se desprende, que el carácter de trabajador implica también su actuar como ciudadano titular de derechos fundamentales y, por tanto, protegido por nuestra Carta Fundamental; es así que el Derecho del Trabajo tiene características propias, como son la irrenunciabilidad de los derechos, que le da el carácter de norma de orden público.

3. Por tanto, el contrato de trabajo tiene características especiales, diferenciadoras y protectoras, a diferencia de los contratos de carácter civil; es por esto, la diferenciación estudiada, en cuanto a los actos de imperio y actos de gestión, encuadrándose al contrato de trabajo, en los actos de gestión, sin tener la calidad de cualquier pacto, sino de uno protegido especialmente por nuestra legislación y tutelado constitucionalmente.

4. Es así, que, a lo largo del presente trabajo, se ha tratado la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de que gozan, tanto lo Estados como las organizaciones internacionales, y la problemática que se presenta, cuando aquellos son infractores de la normativa laboral, y si en aquellos casos procede o no, que se aplique la referida inmunidad.



5. En cuanto a nuestra realidad, la jurisprudencia más reciente en los tribunales declarativos, se inclina por aceptar la competencia y aplica la tesis de inmunidad restringida; la Corte de Apelaciones de Santiago, ha señalado que la Convención de Viena comporta el reconocimiento de un estatuto especial para funcionarios diplomáticos y tiene por objeto regular relaciones, privilegios e inmunidades diplomáticas, con miras a contribuir el desarrollo de las relaciones amistosas entre las naciones, siendo una realidad que la actividad de un Estado en territorio extranjero importa actos de carácter comercial, particular o empresarial, basado en lo señalado en los artículos 41 y 33 N° 3 de la Convención referida y las notas circulares emitidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores. En dicho contexto, el contrato de trabajo tiene el carácter de acto particular y no responde a un acto de gobierno, desde que la aplicación de inmunidad absoluta nos llevaría al absurdo, que el demandante debería demandar en el territorio del Estado infractor, creándose una evidente desigualdad. Manifiesta, asimismo, que la tesis absoluta ha ido perdiendo vigencia en el actual Derecho Internacional, por constituir un atentado al acceso a la justicia de aquellas personas particulares, que nada tienen que ver con actos propios de la soberanía, los que ven amagados o conculcados sus derechos, por actos de los Estados o de sus funcionarios, por lo que la tesis restringida hace más compatible los intereses de los particulares, que contratan con los Estados.



6. Por otra parte, no procede aplicar la inmunidad de jurisdicción, ya que la obligación de un Estado es respetar la legislación del país donde se encuentra, en especial la legislación laboral, lo que refleja la tendencia actual.

Tesis 3

Rafael Enrique McCausland Echeverry y Manuela Corredor Vásquez (2013) realizaron la tesis titulada “*¿INMUNIDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS: ¿UN MODELO A LA MEDIDA DE COLOMBIA?*” en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia. Entre otras, la tesis arriba a las siguientes conclusiones:

1. la inmunidad de los Estados se ha desarrollado constantemente a través de los últimos siglos. No sería arriesgado afirmar que actualmente el derecho internacional reconoce que la inmunidad de los Estados no es absoluta y que puede ser abrogada en determinados casos. Si bien sus requisitos son gobernados por el derecho internacional, es claro que “la ley doméstica específica del Estado en cuyas cortes se presenta una demanda contra otro Estado, determina su alcance preciso y forma de aplicación.”

2. Independientemente del mecanismo utilizado para regular la inmunidad de los Estados en Colombia, consideramos que es imperiosa la necesidad que tiene el país de ponerse a tono con el derecho internacional y el derecho comparado respecto



de esta materia. Especialmente para hacer valer los derechos de los individuos en los casos en los que es factible hacerlo y para acabar con la inseguridad jurídica que se presenta actualmente a nivel interno e internacional.

Tesis 4

Parinaz Lak (2014) realizó la tesis titulada “*THE INTERNATIONAL LAW OF STATE IMMUNITY: AN EXCEPTION FOR TORTURE?*” para obtener el grado de magister en leyes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, Canadá. Entre otras, la tesis arriba a las siguientes conclusiones (original en inglés, la traducción es propia):

1. La Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunities Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes codificó con éxito un área compleja de derecho internacional y derogó la inmunidad de un Estado extranjero en litigios sobre asuntos comerciales o daños personales y daños a la propiedad dentro del Estado del foro. Sin embargo, a pesar del desarrollo del derecho internacional en los ámbitos de los derechos humanos y el derecho humanitario, y el creciente reconocimiento de la importancia de la prohibición de la tortura, los redactores no tuvieron en cuenta los litigios civiles derivados de la tortura extraterritorial.

2. Además, existe el temor de que la tendencia actual de mantener la inmunidad del perpetrador, en lugar de seguir su propósito real, que es mantener la



cortesía y las relaciones amistosas entre los Estados, provoque la impunidad de los Estados de la responsabilidad civil por las torturas que cometieron.

3. En el contexto del derecho internacional contemporáneo, los derechos de las víctimas y sus familias a obtener reparaciones por crímenes de derecho internacional han sido afirmados en una serie de instrumentos internacionales adoptados durante las últimas dos décadas. Incluso antes de eso en 1966, el derecho a un recurso estaba reconocido en el tercer párrafo del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El aparente impedimento en la Convención de la ONU para que las víctimas de tortura soliciten reparaciones contra un Estado y sus funcionarios ante el tribunal de otros Estados está en desacuerdo con este y otros derechos de víctimas internacionalmente reconocidos, tales como derecho de acceso a un juicio justo.

4. Si bien el derecho de acceso a la justicia no es un derecho absoluto, cualquier restricción a este derecho, como fue afirmado por el TEDH tanto en *Al-Adsani* como en *Jones*, debería ser proporcionado. Sin embargo, a falta de un foro alternativo ante el cual las víctimas puedan presentar sus reclamos, tales restricciones no son proporcionales, ya que tienen el efecto de extinguir los derechos subyacentes. Discutí que es poco probable que otros métodos, como la protección diplomática, ofrezcan reparaciones a las víctimas de tortura, ya que el proyecto de artículos de la CDI sobre protección diplomática no incluye la



obligación de ejercer la protección diplomática, dejándola a la completa discreción de los Estados.

5. Además, la concesión de inmunidad al Estado autor también es incompatible con la norma fundamental de la responsabilidad del Estado respecto de los actos y omisiones internacionalmente ilícitos. No cabe duda de que los Estados son responsables de sus actos ilícitos en virtud del derecho internacional. A pesar de la arraigada responsabilidad del Estado por crímenes internacionales, la Convención de la ONU permite a los Estados esconderse detrás de la barrera de la inmunidad del Estado y, por lo tanto, no ser considerados responsables de los presuntos crímenes atroces desde una perspectiva civil. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad del Estado puede dar lugar a la impunidad, especialmente en ausencia de otros medios alternativos razonables.

6. En este documento, argumenté que hay dos opciones para cambiar el sistema legal actual sobre las leyes de inmunidad del Estado a fin de estar en línea con las obligaciones mencionadas de los Estados en virtud del derecho internacional contemporáneo. La primera opción es abogar por un nuevo enfoque judicial, que permita a los tribunales nacionales conocer las denuncias de tortura extraterritorial. La segunda opción es pedir la adopción de una excepción a la Convención de la ONU, que levantaría las protecciones de inmunidad para los Estados extranjeros cuando el presunto acto sea una tortura.



7. Después de las recientes sentencias de la Corte Internacional de Justicia sobre la inmunidad jurisdiccional del Estado, y la decisión del TEDH en *y Al-Adsani*, aparece un nuevo enfoque judicial a la inmunidad. Parece que la única manera posible de trasladar el derecho internacional de la inmunidad soberana en una dirección que responda a las obligaciones del Estado bajo los conceptos contemporáneos del derecho internacional sería adoptar una excepción a la Convención de la ONU que excluya expresamente la inmunidad de los Estados en casos civiles sobre la tortura, independientemente de dónde se hayan cometido.

Tesis 5

Irma Rebeca Monzón Rojas (2014) realizó la tesis titulada “*LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN LABORAL EN GUATEMALA*” para obtener el grado académico de Magíster universitario de “Investigación en Sociedad Democrática, Estado y Derecho” en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar y en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, España. Entre otras, la tesis arriba a las siguientes conclusiones:

1. La teoría de la inmunidad absoluta de los Estados ha sido remplazada por la figura de la inmunidad restringida, en consideración a que cada vez son más frecuentes los casos en los que los Estados actúan en calidad de particulares y no



como entidades soberanas y la distinción entre las actuaciones que corresponden al ejercicio del poder público del Estado (Actos jure imperii) y las actuaciones que el Estado realiza en calidad de particular (Actos jure gestionis) es más que evidente. La diferencia entre unos y otros estriba en que para las funciones públicas del Estado se mantiene la inmunidad, pero no en sus actividades particulares; por lo que para los primeros gozan de inmunidad de jurisdicción absoluta; y para los segundos, representan actos excepcionales sobre los cuales los tribunales del Estado ejercen jurisdicción. Quiere decir, que cuando se trate de actos en los que la misión participa como particular, no corresponde invocar inmunidad, pero en última instancia, lo que debe entenderse por uno u otro, depende de la interpretación realizada por el juez que conozca el caso.

2. Toda contratación laboral local de nacionales guatemaltecos o extranjeros residentes, es considerado por los tribunales de justicia como un acto de gestión, por consiguiente, sometida a las leyes internas de la materia y a la jurisdicción laboral.



2.1.2. Artículos especializados

Artículo 1

Paula M. All y Jorge R. Albornoz (2006) publicaron el artículo académico titulado *“LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA”* en la revista DeCITA (Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades) n° 4 sobre “Litigio judicial internacional”, Argentina. El artículo concluye en lo siguiente:

1. La inmunidad jurídica es un privilegio y, como tal, amerita un minucioso estudio para determinar cuándo y bajo qué estrictas condiciones es socialmente justo admitirla.
2. Los particulares que contratan con Estados extranjeros deberían contar con los mismos grados de seguridad y previsibilidad que los que ofrece el ordenamiento para todas las relaciones entre sujetos privados. Es incongruente permitir a los Estados trabarse en relaciones con los particulares para luego dejarlos que cumplan o no sus deberes de acuerdo a su conveniencia.
3. En términos comparativos, la ley argentina se asemeja en líneas generales a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los



Estados y de sus bienes. En los dos textos se recepciona la inmunidad de jurisdicción, la que resulta excepcionada en aquellos supuestos que la misma normativa establece, aunque debe destacarse que en orden a este punto existen diferencias entre el texto interno y el convencional.

4. Las pautas surgidas de la Convención de Naciones Unidas dan, parcialmente, una respuesta adecuada a nuestra inquietud sobre la necesidad de extender la “realización” de la justicia (que tanto pregonamos desde el DIPr) a las controversias judiciales en las que el demandado es un Estado extranjero.

Artículo 2

Juan Aníbal Sarria García (s/f) publicó el artículo titulado “**COMENTARIOS SOBRE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS Y SUS BIENES**”, el cual concluye en lo siguiente:

1. En una incursión teórica a la inmunidad de jurisdicción de los Estados, aparecerá como uno de los rasgos distintivos: la ausencia de uniformidad conceptual en las decisiones adoptadas en los procesos en que esta importante cuestión de Derecho Internacional se ha planteado. Esto ha llevado a que varios estudiosos lo califiquen de "tema problemático".



2. Ante una realidad -especialmente judicial- confusa y contradictoria, la iniciativa de la Comisión de Derecho Internacional- y cristalizada por uno de sus integrantes- de bosquejar un cuerpo de normas básicas que sirva de guía general a las autoridades nacionales cuando ejerzan su jurisdicción en conflicto que se produzcan entre Estados -término entendido en su acepción más lata- y particular es, desde el punto de vista práctico, de una utilidad manifiesta.

3. Es indudable que este proyecto incurre en imperfecciones, pero, en su conjunto, el balance es positivo. Las normas están adecuadamente integradas, de forma de salvaguardar los -a menudo contrapuestos derechos e intereses aquí envueltos. El notable publicista Charles Visscher reconocía que el meollo del problema de las inmunidades residía en "el deseo de respetar la soberanía extranjera (*par in parem non habet jurisdictionem*), sin sacrificar por ello de un modo demasiado absoluto intereses privados dignos de respeto... ".

Artículo 3

Anna Lintner (2015) publicó el artículo titulado “*THE STATE OF STATE IMMUNITY IN EMPLOYMENT DISPUTES: BENKHARBOUCHE AND BEYOND*” el cual concluye en lo siguiente (artículo original en inglés, la traducción es propia):



1. La decisión en caso Benkharbouche y Janah es indudablemente un avance significativo en la Ley de Inmunidad del Estado (State Immunity Act - SIA) en las disputas laborales. Sin embargo, a menos y hasta que el Parlamento legisle para enmendar las disposiciones ofensivas del SIA, permanecerán en el libro de estatutos. Sin embargo, los Tribunales estarán obligados a seguir el ejemplo del Tribunal de Apelaciones en la desactivación de las disposiciones 4 (2) (b) y 16 (1) (a) de la SIA en la medida en que infrinjan el derecho de un demandante a acceder a un tribunal en virtud del Artículo 47 de la Carta de la UE.

2. En la práctica, esto significa que un Estado no podrá disfrutar de la inmunidad en procesos laborales a menos que: (...)

f) El demandante está empleado dentro de la embajada del Estado extranjero (artículo 16 (1) (a) SIA) y los reclamos del demandante entran dentro del alcance de la legislación de la Unión Europea: y

i. El trabajo del reclamante se relaciona con las funciones soberanas de los miembros del personal de la embajada; y / o

ii. Los procedimientos se refieren a la contratación, retención o renovación.

3. Cuando la cuestión de la inmunidad se determine de acuerdo con el derecho consuetudinario, (...) solo se tendrá inmunidad cuando el procedimiento se relacione con un acto soberano. Esto requerirá un examen del contexto completo de los procedimientos. En particular:

i. ¿Era el contrato de un tipo en el que un individuo particular podía ser parte?



- ii. ¿La ejecución del contrato involucró la participación de ambas partes en las funciones públicas del Estado extranjero, o fue puramente colateral a tales funciones?
- iii. ¿Cuál fue la naturaleza del incumplimiento del contrato u otro acto del Estado soberano que dio lugar al procedimiento? y
- iv. ¿La investigación del reclamo por parte del tribunal involucrará la investigación de los actos públicos o soberanos del Estado extranjero?

Artículo 4

Cesáreo Gutiérrez Espada. (2011) publicó el artículo titulado “***LA ADHESIÓN ESPAÑOLA (2011) A LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES (2005)***”, el cual concluye en lo siguiente:

1. La convención, en todo caso, no resuelve ciertas cuestiones actualmente claves en el tema de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados.
2. Pero hay algo más. Incluso en los supuestos de inmunidad de jurisdicción del Estado en aplicación de la tesis restrictiva, ha aparecido con fuerza la idea de la necesidad de que los Estados puedan ser juzgados (y condenados) por un tribunal de otro cuando las actividades de imperio o no comerciales realizadas por él



hubiesen supuesto la vulneración de ciertas normas particularmente relevantes del Derecho Internacional, las normas imperativas o de *ius cogens*.

3. Si las normas imperativas son de rango superior y sólo pueden ceder ante otras posteriores del mismo carácter, ¿sería consecuente afirmar que la inmunidad soberana habría encontrado un límite en ellas? A priori, la única respuesta lógica debiera ser la afirmativa y, sin embargo, los tribunales no siempre lo han defendido, como lo prueban algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto *Lechouritou*) y, sobre todo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Al-Adsani*.

4. En definitiva, la inmunidad de jurisdicción permanece, pese a los avances que la defensa de la dignidad del ser humano ha logrado en otras esferas del Derecho internacional. A la vista de la jurisprudencia que emana de diferentes tribunales nacionales, resulta difícil concluir que la inmunidad de jurisdicción debe en virtud del Derecho Internacional vigente retroceder ante las violaciones graves de Derechos humanos.

5. A buen seguro, antes de que eso ocurra la Corte Internacional de Justicia arrojará un poco de luz sobre la cuestión. El 23 de diciembre de 2008 Alemania demandaba a Italia por violaciones reiteradas de su inmunidad jurisdiccional, mencionando expresamente la sentencia *Ferrini* de 2004 e, indirectamente, la sentencia *Dístomo*.



6. Determinar si la soberanía de un Estado está sometida a excepciones será el reto principal de la Corte. ¿Están los Estados dispuestos a aceptarlas?, ¿se confirmará que el *ius cogens* es una de ellas? La sentencia podría poner fin a la confusión y diversidad de pronunciamientos que, como ya he señalado, priman en los tribunales nacionales, pero la Corte no lo tiene fácil. Aceptar la inmunidad de los Estados sería socavar la jurisprudencia previa que sobre el *ius cogens* como norma suprema ella misma ha contribuido a perfilar, mientras que no hacerlo supondría acaso un peligroso precedente. ¿Cuántos procedimientos se animarían algunos afectados a iniciar de ser así? Los Estados ya han demostrado ser bastante reacios a las intrusiones en su soberanía, sobre todo si discurren ante tribunales de otros Estados, y no sólo cuando se trata de cuestiones relacionadas con la inmunidad estatal.

7. Algunos de los 11 Estados que hasta el momento han prestado su consentimiento a la Convención han declarado expresamente entender que ésta no regula el tema de la relación entre inmunidad de jurisdicción y derechos fundamentales y que, por tanto, habrá que estar en su caso a la evolución que el mismo pueda tener en el futuro.



Artículo 5

Alain Pellet (2000) publicó el artículo titulado “*STATE SOVEREIGNTY AND THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS: AN INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE*”, el cual establece las siguientes consideraciones (Artículo original en inglés, la traducción es propia):

1. La soberanía del Estado debe interpretarse a la luz de los principios generales del derecho internacional y combinados con ellos, como la prohibición general de los abusos de los derechos, la proporcionalidad, el respeto de la soberanía de otros Estados, la debida diligencia, los "estándares mínimos de civilización", etc.
2. En otras palabras, la soberanía no es, y nunca ha sido, un poder ilimitado para hacer todo lo que no está expresamente prohibido por el derecho internacional. Solo puede definírsele como el criterio mismo de los Estados, en virtud de la cual dicha entidad "posee la totalidad de los derechos y obligaciones internacionales reconocidos por el derecho internacional", siempre que no los haya limitado en términos particulares mediante la celebración de un tratado.
3. No hace falta decir que en los tiempos modernos (por ejemplo, desde 1945), la gran (pero no ilimitada) libertad de acción tradicionalmente perteneciente a los Estados ha sido restringida en muchos aspectos cuando se trata de los derechos humanos:



- En la Carta de las Naciones Unidas, aunque se centra principalmente en "mantener la paz" y no en los derechos humanos, abunda sin embargo alusiones a "derechos humanos fundamentales"
- tanto a nivel regional como mundial, se han adoptado una gran cantidad de convenios para la protección de los derechos humanos, ya sea en general o centrándose en derechos específicos o en categorías particulares de personas.
- muchas de estas normas que protegen los derechos humanos se han consolidado en normas consuetudinarias de derecho internacional, vinculando a los Estados independientemente de que hayan ratificado esos convenios o no.

4. Dos cosas son claras como el cristal. En primer lugar, cuando un Estado no está sujeto a una norma, su responsabilidad internacional no se "impone" cuando no cumple con el requisito de dicha regla. En segundo lugar, las normas de derechos humanos son, a este respecto, de una naturaleza particular, ya que no son "recíprocas".

5. Los derechos humanos ya no son "asuntos internos"; como se explicó anteriormente, no están "esencialmente dentro de la jurisdicción interna de ningún Estado" en los términos utilizados en el Artículo 2, párrafo 7 de la Carta de las Naciones Unidas. Y la situación no es mucho mejor si la víctima es extranjera, salvo que, además de las mismas posibilidades, su Estado nacional puede ofrecerle su "protección diplomática" y actuar en su nombre a nivel internacional.



2.2. Bases teóricas

2.1.1. INMUNIDAD JURISDICCIONAL LOS ESTADOS

Este es un trabajo sobre la Inmunidad jurisdiccional de los Estados. En el derecho internacional encontramos diferentes tipos de inmunidad tales como la inmunidad de los jefes y ministros de Estado, la inmunidad de los funcionarios cuando actúan como órganos del Estado, las inmunidades diplomáticas y consulares, la inmunidad de ejecución de los Estados que protege la intangibilidad de sus bienes, entre otras.

No obstante, este trabajo está referido únicamente y en concreto a la inmunidad jurisdiccional de los Estados, como la imposibilidad jurídica de enjuiciar a un Estado extranjero sin su consentimiento. Concretamente, se busca estudiar la procedencia de demandas incoadas contra Estados extranjeros en el contexto de procesos relativos a contratos de trabajo que tengan como pretensión la reposición laboral. En este contexto, quedan excluidos de este trabajo otras cuestiones procesales tales como el procedimiento de Notificación de demanda a Estados extranjeros, las sentencias dictadas en ausencia del Estado extranjero u otros privilegios e inmunidades de la que son sujetos los Estados extranjeros durante la sustanciación de un proceso judicial, cuestiones que la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, en adelante Convención sobre inmunidades, regula en los artículos 22, 23 y 24 respectivamente.



2.1.1.1. Desarrollo histórico

Es generalmente aceptado que la inmunidad jurisdiccional de los Estados llegó a ser una norma de derecho internacional, ante todo, por la acumulación de práctica estatal a partir del siglo XIX, en un primer momento en las decisiones judiciales y seguidamente en la legislación interna.

Así, los tribunales nacionales fueron los principales protagonistas en el desarrollo progresivo de un conjunto de normas consuetudinarias que dieron como resultado final a la norma de la inmunidad jurisdiccional de los Estados tal como la conocemos hoy en día. El papel de las cortes nacionales se hace evidente al dar lectura a los trabajos preparatorios realizados por la Comisión de Derecho Internacional, en adelante CDI, que dio como resultado el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados que forma parte de la Resolución A/RES/59/38 de la Asamblea General denominada “Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, en adelante la “Convención sobre inmunidades”.

Entonces, para comenzar con la evolución de la norma de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, conviene empezar por dar un vistazo al desarrollo que experimentó en el seno de las cortes nacionales. Por un tema metodológico, se analizará por separado la evolución de la inmunidad en los tribunales de los países con un sistema de *common law* de la evolución en los tribunales de los países con un sistema de *civil law*, toda vez que en estos



dos sistemas jurídicos el enfoque con el que se desarrolló la inmunidad fue distinto. Respecto a los demás sistemas jurídicos, que bien deberían ser referidos en todo trabajo que examine el desarrollo de una norma internacional, debe de tenerse cuenta lo manifestado por la CDI, quien refiere que los países pertenecientes a África, Asia y América Latina, al momento de la formación de la norma en cuestión, estaban preocupados por problemas tales como la descolonización y su organización política interna, o bien muchos de estos países continuaron siendo colonias europeas hasta pasada la mitad del siglo XX, razón por la cual no se encontró en sus sistemas jurídicos un desarrollo de la norma en cuestión hasta los recientes años.

La CDI advirtió en su trabajo que antes del siglo XIX no se ha hecho referencia en decisiones judiciales al tema de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, y como corolario de ello es que tampoco se encontraron referencia a esta norma en la legislación o doctrina clásica. Probablemente esto se deba a que recién a partir del siglo XIX se reconoce la aparición del moderno Estado-Nación y con ella las formulaciones de la doctrina de la inmunidad de los Estados, no obstante, a partir del siglo XIX, los pronunciamientos a este respecto han sido abundantes y al mismo tiempo diversos. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 226)

Entonces, siguiendo el planteamiento realizado por Whytock (2014, pág. 2041), empezaremos apreciando el desarrollo histórico de la inmunidad en las cortes nacionales en lo que supone el *common law* y el *civil law*, luego nos ocuparnos de la evolución del



reconocimiento de la inmunidad como norma de derecho internacional, en tercer lugar veremos la evolución de los límites impuestos a la inmunidad jurisdiccional, y finalmente se desarrollara su proceso de codificación.

a. Desarrollo histórico en las cortes nacionales

a.1 Common Law

En línea cronológica, fueron los tribunales del sistema del *common law* los primeros que en sus sentencias se refirieron a la norma de la inmunidad jurisdiccional estatal. La primera y más conocida de estas decisiones se encuentra en el caso “*The Schooner Exchange. v. McFaddon*” de 1812 en la Corte Suprema de los Estados Unidos presidida por el juez John Marshall.

En los sistemas de *common law*, la inmunidad jurisdiccional de los Estados se desarrolló como una consecuencia de la inmunidad personal reconocida al soberano de la Nación. En el caso del Reino Unido, la doctrina de la inmunidad del Estado fue resultado directo del uso constitucional inglés expresado en la máxima “el Rey no puede ser demandado ante sus propios tribunales”. En este sentido, se reconocía una imposibilidad constitucional de demandar al soberano del país en tanto él era la personificación del Estado y fuente de



derecho y justicia; en consecuencia los tribunales no podían –lógicamente- ejercer jurisdicción sobre el soberano en cuyo nombre podían actuar (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 226).

Como señala la CDI, la inmunidad reconocida a la Corona se amplió más tarde para abarcar también a los soberanos de otras naciones o soberanos extranjeros, con los que, en una etapa posterior de la evolución jurídica, se han identificado a los Estados extranjeros (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 227). Así, en el caso “*Prins Frederik*” de 1820, que fue el primer caso sobre inmunidad estatal en el Reino Unido, el tribunal encargado declinó ejercer su jurisdicción en tanto que “*el Estado extranjero, personificado en el soberano extranjero, era igualmente soberano e independiente y que demandarlo en juicio supondría un insulto a su dignidad real*”. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 227)

Además del fundamento que reside en la consideración del soberano nacional y del extranjero, los tribunales británicos también aplicaron progresivamente otros fundamentos que influyeron en la determinación de la inmunidad de los Estados, como son la igualdad de los Estados, la cortesía internacional e inmunidad de la que gozaban los agentes diplomáticos en otras naciones. En el caso “*Parlement belge*” de 1880, se aprecia un paso más en la elaboración racional de la doctrina de la inmunidad soberana, pues allí se declaró:

El principio [...] es que, como consecuencia de la independencia absoluta de toda autoridad soberana y de la cortesía internacional que induce a cada Estado soberano a respetar la independencia y dignidad de cada uno de los demás Estados soberanos,



todos ellos renuncian a ejercer por medio de sus tribunales parte alguna de su jurisdicción territorial sobre la persona de cualquier soberano o embajador de cualquier otro Estado, sobre los bienes de cualquier Estado que estén destinados a uso público o sobre los bienes de cualquier embajador, aun cuando ese soberano, ese embajador o esos bienes se encuentren en su territorio y, por consiguiente, salvo por ese común acuerdo, estén sometidos a su jurisdicción. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 227)

El caso “*Parlement belge*”, en términos de la CDI, “*parece apoyarse en una serie de principios básicos como el uso o común acuerdo, la cortesía internacional, la independencia, soberanía y dignidad de toda autoridad soberana*” y que en consecuencia “[l]as inmunidades otorgadas a la persona de los soberanos y embajadores, así como a sus bienes, parecen estar en el origen de las inmunidades más fundamentales de los Estados”. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 227)

En los Estados Unidos existió influencia del fundamento británico sobre la inmunidad del soberano superpuesta al reconocimiento de inmunidad de sus Estados federales y al de otros Estados. La CDI menciona que “*en un asunto referente al Territorio de Hawái, el juez Holmes expresó la opinión de que una entidad que era la fuente de los derechos estaba por encima del imperio de la ley*” y consecuentemente se aplicó el razonamiento de que no se puede oponer ningún derecho a la autoridad de la que depende ese derecho. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 228)



No obstante, se puede decir que en los Estados Unidos el fundamento de la inmunidad está más relacionado con las circunstancias de un naciente Estado federal. Así, se aprecia una fuerte sujeción a su propia Constitución y la importancia que se dio a salvaguardar la soberanía de los Estados con la intención de mantener una unión y convivencia pacífica entre ellos. En este sentido la CDI señala que “*su fuerza [de la inmunidad] radica en la autoridad de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América y la influencia que ésta ejerce en la necesidad de resolver las cuestiones que plantea la armonización de las relaciones recíprocas entre la Federación y sus Estados miembros*”. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 228)

a.2 Civil Law

La evolución jurídica de la inmunidad jurisdiccional de los Estados tomó otros fundamentos en las cortes del sistema de *civil law*, especialmente respecto a la estrecha relación entre la inmunidad jurisdiccional y la cuestión de la competencia. Es preciso aquí mencionar que para fines del estudio de las inmunidades en el presente trabajo, siguiendo la posición tomada por la CDI en su estudio sobre inmunidades, se entenderá “competencia” en su acepción más tradicional, como sinónimo de “jurisdicción” (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 216). En este sentido, la CDI refiere que competencia se traduce literalmente al inglés como “jurisdiction” o “jurisdictional authority or power”, por lo que



entenderemos a la competencia como el poder o autoridad de un Estado para ejercer jurisdicción. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 229)

Efectivamente, en el *civil law* la inmunidad de los Estados toma como punto de partida a la jurisdicción del Estado, principalmente con fundamento en la territorialidad. Al respecto se entiende que, dentro de su ámbito territorial, el Estado goza de exclusiva jurisdicción sobre todas las personas físicas y jurídicas. Por esta razón, se entendió a la institución de la inmunidad como una excepción a la jurisdicción territorial, ya que el Estado tendrá que admitir dentro de su territorio la realización de una serie de actos de otros Estados y tomar estos como actos soberanos.

Dentro del sistema jurídico francés, respecto a los actos del Estado, se trazó una distinción entre los “*actes d'autorité*” sometidos a la competencia de los tribunales administrativos franceses, y los “*actes de gouvernement*” que no estaban sujetos a revisión por ninguna autoridad judicial o administrativa francesa. A partir de esta distinción se identificó que tanto los actos del Estado francés relativos a las relaciones exteriores, así como los actos de la administración soberana de Estados extranjeros era “*actes de gouvernement*”. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 229)

La CDI cita al respecto algunos casos judiciales, como por ejemplo el asunto “*Gouvernement espagnol c. Casaux*” de 1849, en el cual el Tribunal de Casación fundó su



decisión con base en la autoridad soberana, el derecho de jurisdicción y la independencia recíproca de los Estados en los siguientes términos:

Considerando que la independencia recíproca de los Estados constituye uno de los principios más universalmente reconocidos del derecho de gentes; que de ese principio resulta que no se puede someter a un gobierno, respecto de las obligaciones por él contraídas, a la jurisdicción de un Estado extranjero; que, en realidad, el derecho de jurisdicción que ejerce cada gobierno para juzgar las controversias surgidas con ocasión de los actos de él emanados es un derecho inherente a su autoridad soberana, que otro gobierno no puede atribuirse sin exponerse a alterar sus relaciones respectivas [...]. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 229)

Formulaciones como la sentada por el Tribunal de Casación francés, en la perspectiva de la CDI, llevaron a los comentaristas de la época a sugerir que la inmunidad de los Estados se limitaba a aquellos casos en los que el Estado extranjero actuaba en su carácter soberano equivalentes a los “*actes de gouvernement*” (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 229). Aquí advertimos los primeros atisbos a la formulación de una doctrina restrictiva basada en diferenciar los actos de un Estado, la que será fundamental para el análisis más contemporáneo de la inmunidad.



En Bélgica, los tribunales siguieron la misma línea que los tribunales franceses al otorgar inmunidad jurisdiccional a los Estados extranjeros siempre que el ejercicio de la jurisdicción territorial por parte de los tribunales belgas violara los principios de la soberanía y la independencia de los Estados extranjeros. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 230)

Italia, al igual que Francia, presenta un desarrollo particular en torno al tema de la inmunidad. Si bien la inmunidad fue aceptada por sus tribunales, quienes aplicaban criterios lógicos basados en la independencia y la soberanía de los Estados, también se aplicó tempranamente un razonamiento que planteaba una distinción entre los distintos actos realizados por un Estado. La CDI señala que en el asunto “*Morellet c. Governo d’Añese*” de 1882, el Tribunal de Casación de Turín realizó una distinción entre el Estado como *ente político* y el Estado como *corpo morale*, y limitó la inmunidad al primero de estos. En este caso, el tribunal declaró:

El Estado, puesto que le incumbe atender a la administración de la colectividad y subvenir a las necesidades materiales de los ciudadanos, debe poder adquirir y poseer bienes, contratar, demandar y ser demandado, en suma: ejercer los derechos civiles de igual modo que cualquier otra persona física o jurídica. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 230)



Una segunda distinción entre los actos del Estado fue realizada por el Tribunal de Casación de Florencia en 1886 en el asunto “*Gutierrez c. Elmilik*”, en el que se hizo referencia a un Estado como “*potere politico*” y el Estado como “*persona civile*”.

Un año después, en 1887, en el caso “*Hampohn c. Bey de Tunisi*”, el Tribunal de Apelación de Luca reconoció una nueva distinción entre “*atti d'impero*” y “*atti di gestione*”, y declaró: “*Los bonos del Tesoro emitidos por un gobierno extranjero (...) son el resultado de actos de mera administración realizados por el gobierno y no el resultado del ejercicio del derecho de soberanía*”. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 230)

De esta forma, en los tribunales franceses, italianos y belgas la inmunidad jurisdiccional no solo es otorgada a un Estado con consideración al estatus de ente soberano del Estado, sino que existe un análisis en torno a los actos que tal Estado realiza dentro de sus poderes soberanos.

Decisiones como estas fueron las primeras en las cuales se concibió a la inmunidad como una prerrogativa supeditada a una clase determinada de actos del Estado, es decir que en los tribunales del *civil law* se aplicó tempranamente una “teoría restrictiva de la inmunidad”, la misma que será desarrollada en extenso posteriormente.



b. Reconocimiento como norma de derecho internacional

Hemos visto que en el siglo XIX ya se habían dado pronunciamientos respecto a la inmunidad, no obstante, es recién en una práctica más contemporánea a partir del siglo XX, que la inmunidad jurisdiccional de los Estados es reconocida como norma de derecho internacional con una base sólida en la práctica general. Un ejemplo de este reconocimiento es el que la CDI (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 231) encontró en el en el asunto “*F. Advokaat c. / Schuddinck & den Belgischen Staat*” de 1923 ante el Tribunal de Dordrecht de los Países Bajos donde se reconoció a la inmunidad de jurisdicción el carácter de norma de derecho internacional.

En la práctica de los países latinoamericanos, la CDI citó a la Corte Suprema de Justicia de Chile que, en una resolución del 3 de septiembre de 1969, sostuvo que la inmunidad jurisdiccional de los Estados “*es un principio de derecho internacional, universalmente reconocido, que las naciones soberanas ni sus gobiernos están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de otros países. Existen otras vías extrajudiciales para reclamar de aquellas naciones y de sus respectivos gobiernos las prestaciones a que pudieren estar obligados y de que fueren deudores*”. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 232)

Pese al reconocimiento generalizado a la inmunidad jurisdiccional de los Estados como norma de derecho internacional, a lo largo del siglo XX la concepción que se dio a la norma ha presentado variantes de una jurisdicción a otra, lo que se generó la creación de dos posturas antagónicas. Por un lado, estaban aquellos países que comenzaron a reconocer en



sus prácticas internas que la inmunidad jurisdiccional no era un derecho o prerrogativa absoluta, sino que la misma presentaba ciertas excepciones, principalmente en lo que respecta a los actos no soberanos o *iure gestionis*, según la distinción hecha por los tribunales italianos. Esta posición estuvo muy presente en países de Europa continental como Bélgica, el Reino Unido, la República Federal de Alemania y Suiza y países del common law. En opinión de estos países, la tendencia del derecho internacional era limitar la inmunidad del Estado, y durante los trabajos preparatorios de la CDI, estos países exigieron que la futura Convención sobre inmunidades se aproximase lo más posible al Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados de 1972 (Vol. II Primera parte , 1988, pág. 104).

En la postura contraria estuvieron aquellos países que detentaban que la inmunidad jurisdiccional de los Estados era un principio absoluto, y como tal no existía ninguna excepción para su aplicación. Esta posición estuvo representada principalmente por los Estados de la Unión soviética y otros Estados de orientación socialista que contaban con diversas formas de bienes de patrimonio público y una administración de la economía nacional donde el Estado desempeñaba un papel de capital importancia (Volumen I, 1983, pág. 75) como Bulgaria, China, la República (Vol. II Primera parte , 1988, págs. 87, 88).

La teoría absoluta también fue defendida por los Estados en desarrollo como los de América Latina que acaban de obtener su independencia de las colonias y que, con el fin de defender tal independencia y autodeterminación político económica, procuraron una



protección irrestricta de su soberanía e inmunidad para sí mismos y por reciprocidad para los demás Estados.

c. Evolución en los límites de la inmunidad jurisdiccional de los Estados

Gran parte de la doctrina considera que en un inicio la inmunidad jurisdiccional de los Estados fue considerada absoluta, puesto que, en todas las demandas hechas contra un Estado extranjero, los tribunales nacionales aplicaban la idea transmitida en la máxima *par in parem non habet imperium*. Tomuschat (2012, pág. 1119) señala que este enfoque corresponde al desarrollo histórico de la inmunidad estatal durante el siglo XX, donde la inmunidad absoluta era dominante sobre la distinción hecha por los tribunales belgas e italianos que diferenciaron los asuntos de los Estados entre comerciales y soberanos.

No obstante, la evolución de la norma de inmunidad jurisdiccional pasó progresivamente de un reconocimiento absoluto a uno relativo. En este sentido vimos que, en las cortes nacionales, principalmente italianas, belgas y francesas, se identificó una dualidad en lo que respecta a los actos del Estado: cuando actúa en el ejercicio de sus poderes soberanos y cuando actúa en la posición de un privado. de esta forma se dio un paso más en lo que respecta a la evolución histórica de la inmunidad jurisdiccional de los Estados como norma de derecho internacional, en el que se delimitará su alcance y límites.



En esta nueva concepción restringida, la inmunidad ya no se otorga de forma absoluta, sino que se limita su alcance a los actos en los cuales el Estado actúa como ente soberano, actos denominados *iure imperii*, mientras que se restringe la inmunidad a aquellas esferas de actividad en las cuales el Estado actúa como otro sujeto de derecho privado, actos denominados *iure gestionis*.

Ejemplo de una actividad *iure imperii* es la actividad judicial o legislativa de los Estados, acciones policiales o militares, es decir actividades que solo los Estados pueden realizar. Ejemplo de actos *iure gestionis* son el suministro de productos o servicios, el alquiler o venta de propiedades muebles o inmuebles, los préstamos y transacciones financieras, que los Estados pueden realizar como también cualquier otro sujeto privado. Nos ocuparemos de la distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis* más adelante.

El establecimiento de límites a la norma de la inmunidad nace principalmente con el advenimiento de nuevas actividades de los Estados, ya sea en el intercambio comercial o en años más recientes actividades de cooperación internacional, que suponen que los Estados actúen fuera de sus confines territoriales y mediante actos no exclusivos a un Estado.

Considerando esto, diferentes cortes nacionales empezaron a aplicar la distinción *iure imperii* y actos *iure gestionis*. Los primeros en esta línea fueron las cortes italianas y belgas, y después en muchas otras cortes nacionales. Así, después de la segunda mitad del siglo XX se dejó de aplicar una teoría absoluta de la inmunidad. Por ejemplo, Shaw (2008, pág.



704) cita a la Corte Suprema de Austria en 1950, que luego de un estudio exhaustivo de la práctica de otros Estados, concluyó que a la luz del aumento de la actividad de los Estados en el campo comercial, la doctrina clásica de la inmunidad absoluta había perdido su significado y ya no era una norma de derecho internacional. Tomuschat (2012, pág. 1118) cita en el mismo sentido al Tribunal Constitucional de la Republica Federal Alemania que se adhirió a la tendencia restrictiva con una sentencia del 30 de abril de 1963, en la cual encontró que la doctrina absoluta de la inmunidad perdió su aplicabilidad general como norma universal y que debía ser reemplazada por la teoría restrictiva.

Shaw (2008, pág. 705) señala que en el caso de los Estados Unidos, el avance definitivo hacia una teoría restrictiva de la inmunidad de los Estados se dio a nivel del poder ejecutivo después de la emisión de la denominada “Tate letter”, una carta emitida en mayo de 1952 por el Departamento de Estado en la cual se declaró que ante la participación creciente de los gobiernos en actividades comerciales, junto con los puntos de vista cambiantes de los Estados extranjeros a la inmunidad absoluta, se hizo necesario que a partir de entonces los Estados Unidos aplicarían la teoría restrictiva de la inmunidad soberana. Algunos autores, como Reyes (2017) consideran la emisión de esta carta como el punto medio en la transición a un sistema restrictivo de las inmunidades de Estado.

De esta forma, las posiciones antagónicas entre los países que respetaba una inmunidad absoluta y una relativa a la que nos referimos en el apartado anterior, se fueron disipando progresivamente a favor de la teoría de la inmunidad restringida en tanto más tribunales nacionales la aplicaban.



El punto de inflexión de esta transición fue muy probablemente la caída del bloque soviético en 1990, y los cambios políticos y económicos para los Estados que lo conformaban. También tuvo participación en esta evolución los cambios internos de los Estados latinoamericanos, asiáticos y africanos que empezaban al mismo tiempo a abrirse paso al tráfico y el mercado internacional. Se considera que a partir de esta etapa la comunidad internacional reconoce a la norma de la inmunidad no como un derecho absoluto de los Estados, sino como un derecho relativo al cual se aplican determinadas excepciones.

Para apreciar la evolución de la inmunidad en torno a sus límites dentro de los tribunales nacionales, tomemos como ejemplo el caso de Argentina. En un primer momento, los tribunales argentinos hicieron suya una posición absoluta en el reconocimiento de la inmunidad de los Estados tal como se aprecia en los casos de “Baima y Bessolino contra el Gobierno de Paraguay” de 1915 o el caso relativo al buque “Cabo Quilates” contra el Gobierno de España, ambos citados por la CDI (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 232), en los cuales la Corte Suprema de la Nación sostuvo la imposibilidad de que un gobierno extranjero sea juzgado y recordó que la inmunidad era un principio elemental de derecho internacional público. No obstante un cambio jurisprudencial sucedió en Argentina hacia la restricción de la inmunidad de jurisdicción de los Estados en casos laborales después de sentenciar en el caso “Juan José Manauta contra la Embajada de la Federación Rusa” por el pago por daños y perjuicios a favor del demandante, donde se denegó la inmunidad al Estado Ruso. (Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios, 1994). un año más tarde, en 1995, Argentina promulgó la Ley 24.488



denominada “Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos”.

Otro ejemplo es el caso de España, cuya práctica tradicional giró en torno a la doctrina de la inmunidad absoluta, tal como describe por Carrera (2007, pág. 66) que cita el caso de una demanda laboral presentada por una secretaria contra la Embajada de Kuwait en España en 1979, en el que el Tribunal Supremo señaló que él *"no es competente para conocer de la pretensión inicial del proceso, en razón a la inmunidad de que goza (...) el Jefe de la misión diplomática contra la que va dirigida (...), sostener lo contrario implicaría el sometimiento de un Estado a los Tribunales de otro en estas materias"*. No obstante, esta postura asumida por los tribunales españoles dieron, en palabras de Carrera (2007, pág. 69), un “giro copernicano” hacia la doctrina restringida de la inmunidad estatal después de las sentencias del Tribunal Supremo en materia Social en los casos “Diana Abbott contra la Republica de Sudáfrica” y “Emilio B.M. contra la Embajada de Guinea Ecuatorial” en los que se aplicó la tesis de la inmunidad relativa a favor de los demandantes, casos desarrollados *infra*.

d. Evolución en la codificación de la inmunidad jurisdiccional de los Estados

Como consecuencia del reconocimiento de la inmunidad como norma de derecho internacional y del viraje de los Estados de una teoría absoluta a una restringida, llegó un



momento en la evolución de la inmunidad en el que la codificación no solamente fue posible, sino que represento urgencia por la necesidad de anudar los consensos en torno a los límites y excepciones a la norma. Esta codificación fue realizada tanto en un nivel interno mediante legislaciones nacionales, como a nivel internacional mediante convenciones internacionales de nivel regional y universal. (Whytock, 2014, pág. 2043)

d.1. Legislación nacional

El desarrollo de la inmunidad de jurisdicción estatal en los tribunales nacionales impulso a que los órganos legislativos expidieran leyes especiales relativas a esta norma. A continuación, se mencionan algunas de estas leyes sin analizarlas, lo que será hecho con posterioridad en este trabajo.

En la doctrina sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados, se hace constantemente referencia a la Foreign Sovereign Immunity Act (en adelante FSIA) de los Estados Unidos del año de 1976. Fisler (2011) señala que la promulgación de la FSIA fue uno de los mayores desarrollos en los que respecta a la legislación nacional en los Estados Unidos, el cual ha producido significantes cambios en el panorama de la práctica estatal concerniente a la inmunidad de los Estados tanto en al momento de promulgación como ahora. La FSIA contienen diferentes enmiendas como la enmienda de 1996 en la cual se agregó la excepción de “actos estatales de terrorismo”. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha



interpretado que FSIA es la única base para decidir reclamos de inmunidad en los Estados Unidos.

También es resaltante la State Immunity Act (en adelante SIA) de 1978 del Reino Unido, que fue adoptada en el proceso de ratificación de la Convención Europea sobre inmunidad de los Estados de 1972.

Otras leyes nacionales que regulan el otorgamiento de inmunidad a los Estados son: la Ley de Singapur “Singapore State Immunity Act” de 1979, la ley de Paquistán “Pakistani State Immunity Ordinance” de 1981, la ley de Sudáfrica “South African Foreign States Immunities Act” de 1981, la Ley Canadiense sobre inmunidad del Estado de 1982, la Foreign States Immunities Act 1985 de Australia, y la ley de Argentina Ley n° 24.488 de 1995.

Como se aprecia, con excepción de la ley argentina, todas las leyes especiales relativas a la inmunidad fueron dadas en países con una tradición jurídica del *common law*, probablemente porque siguieron la misma corriente establecida en la FSIA y en la SIA.

El caso es marcadamente diferente en los países que siguen una tradición jurídica del *civil law*, en los cuales no se emitieron leyes especiales que regularan el tema de las inmunidades jurisdiccionales. Por el contrario, en estos países se tendía a aplicar sus propias normas internas relativas la regulación de la competencia de sus tribunales, leyes en materia civil o comercial o en derecho internacional privado. Por ejemplo, España aplicaba la Ley



Orgánica del Poder Judicial de 1985 que disponía que la jurisdicción de los tribunales españoles se exceptúa en los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por el Derecho Internacional. Barria (1993, pág. 58) señala que en Chile se aplicó por larga data el Decreto Ley 2349 relativo a normas sobre contratos internacionales para el sector público de 1978 que regula la actuación del Estado de Chile en contratos extranjeros y que establece el límite de consentimiento que este Estado puede dar para ser juzgado en tribunales extranjeros y también establece los límites para temas de ejecución de sentencias. Estas dos disposiciones han sido usadas como referencia cuando los tribunales españoles o chilenos respectivamente tenían que decidir sobre un caso de inmunidad de Estados en sus tribunales.

No obstante, ante la falta de una norma especializada en inmunidad estatal, los tribunales nacionales debían motivar sus decisiones sobre una base de aplicación analógica de tales normas, mezclada con referencias de la experiencia internacional u otras disposiciones internacionales, ya que sus disposiciones como estaban referidas a la inmunidad como tal. Concomitante, también se aplicaba en estos países disposiciones referidas a otros tipos de inmunidad internacional, el mejor ejemplo de ello fue el uso que se dio a la Convención de Viena de 1961 sobre Inmunidades Diplomáticas, que está referida a la inmunidad personal de la que gozan los agentes diplomáticos acreditados en otros países, pero cuyo contenido tiene relación con la inmunidad de un Estado en lo que respecta a la prohibición de medidas de ejecución. Junto con esta convención, también se hace referencia a la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, la Convención sobre las misiones especiales de 1969, la Convención de Viena de 1975 sobre la Representación de los Estados en sus



Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, o como ejemplo regional el Código Bustamante conocido también como la Conferencia de La Habana de 1928 es que un instrumento de derecho internacional privado (Mathieu, 2010, pág. 5).

d.2. Convenciones regionales

El progresivo desarrollo de la norma de la inmunidad jurisdiccional de los Estados a nivel interno, hizo necesaria la unificación del tratamiento de la norma a nivel internacional, toda vez que ésta variaba de un Estado a otro. Para ello se llevaron a cabo acuerdos multilaterales empezando por convenciones regionales.

En 1972 en Basilea en el seno del Consejo de Europa, se firmó en la Convención Europea sobre inmunidad de los Estados, en vigor desde el 11 de junio de 1976. No obstante, solo ha sido ratificada por 8 de los 46 miembros del Consejo de Europa. Esta convención tiene un Protocolo Adicional mediante el cual se establece el Tribunal Europeo en el tema de Inmunidades Estatales, al cual solo dieron su consentimiento de jurisdicción 6 Estados miembros de la organización. La Convención Europea sobre Inmunidad Estatal recoge la teoría restringida de la inmunidad del Estado, estableciendo como excepciones al otorgamiento de la inmunidad de los Estados la materia contractual, laboral, societaria, derecho de patentes y marcas, derechos reales, sucesiones y responsabilidad civil. Su contenido ha sido tomado como base para la legislación interna referida a inmunidad de



los Estados parte y también otros países, y también fue una base importante en la redacción del proyecto de artículos para la Convención sobre inmunidades.

En el sistema interamericano, el Comité Jurídico de la Organización de Estados Americanos trabajó en el proyecto de la Convención Interamericana sobre Inmunidad Jurisdiccional de los Estados en 1983, sin embargo, este trabajo quedó en proyecto y nunca entró en vigencia.

2.1.1.2. Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, Convención sobre inmunidades.

A nivel universal, la norma de inmunidad jurisdiccional de los Estados se ha codificado en la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus bienes del año 2004. El primer paso para esta convención data de 1949, cuando la CDI elaboró una lista de materias de derecho internacional seleccionadas para la codificación, entre ellas el tema sobre Inmunidades de los Estados. Solo recién en 1977, la Asamblea General de la ONU dispuso que la CDI establezca un grupo de trabajo encargado de desarrollar un proyecto de artículos sobre el tema, ello en vista de la importancia práctica cotidiana de la norma de la inmunidad y del hecho de que existían elementos suficientes para la codificación y el desarrollo progresivo (Vol.II Segunda parte, 1979, pág. 222).



En este contexto, la CDI trabajó en un proyecto de artículos entre los años 1977 y 2004, año en que la Asamblea General adoptó la Resolución A/RES/59/38 denominada “Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes” que contiene en su anexo el mencionado proyecto de artículos. Los trabajos preparatorios de la CDI para la elaboración de la Convención sobre inmunidades se encuentran plasmado en los informes de los Relatores Especiales, las actas de sesiones y los informes que la CDI hizo a la Asamblea General contenidos todos en los Anuarios de la CDI de los años de trabajo que han proporcionado sustancial información para la presente tesis. La aprobación de la Convención sobre inmunidades culminó con décadas de esfuerzos hechos por la CDI para cerrar las “brechas formidables” durante un período de cambios rápidos en la práctica de los Estados con respecto a la inmunidad soberana, como menciona Fisler (2011, pág. 1189).

a. El método inductivo

El principal aporte de la Convención es haber anudado las diferentes concepciones y la práctica dispersa que existía -y aún existe- de un Estado a otro respecto a la norma de la inmunidad. Para tal fin, la CDI aplicó lo que denominó “método inductivo”, técnica que consistió en recoger la práctica estatal diseminada en diversos países para concluir en la concreción de una norma única a partir de ellas. Este método supuso que el relator Especial realizara un estudio de las decisiones judiciales de tribunales nacionales, legislación



nacional, políticas seguida por el poder ejecutivo y el resto de las prácticas gubernamentales sobre la inmunidad jurisdiccional estatal. Adicionalmente se observó el contenido de las Convenciones Internacionales de carácter universal que contienen disposiciones vinculadas al tema de inmunidades y la Convención Europea sobre inmunidad de los Estados de 1972 como convención regional. Este material fue obtenido primordialmente de la información proporcionada por los gobiernos de los Estados y sus respuestas a cuestionarios que les fueron enviados.

El método inductivo evitó tener que recurrir en la redacción del proyecto de artículos a alguna doctrina en particular y, especialmente, se evitó el concepto funcional y la distinción entre los actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, lo que la CDI definió como una controversia teórica innecesaria. (Volumen I, 1983, pág. 48)

b. Enfoque ecléctico

La redacción del proyecto de artículos de la CDI, además del método inductivo, recurrió a la aplicación de un enfoque ecléctico con el fin de considerar la posición de los diferentes países en la CDI sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados, ya que estos contaban con diferentes sistemas políticos, socioeconómicos y jurídicos (Vol. II Segunda parte, 1989, pág. 105). Muy probablemente, la conclusión del proyecto de artículos de la CDI solo fue posible mediante la aplicación del enfoque ecléctico, donde algunos países



tuvieron que ceder a su posición con el fin de no retrasar los debates y obtener con prontitud un proyecto de artículos final. Recordemos que, durante la primera etapa de la redacción del proyecto de artículos, en 1979 hasta 1990, la concepción de la inmunidad aún estaba dividida entre los países que defendían la inmunidad absoluta de los que apostaban por una restricción progresiva a la inmunidad. O'Keefe y Tams (2013, pág. 10) señalan que el eclecticismo de la Convención logro superar esta barrera y obtener ya en 1990 un proyecto de artículos cuasi-finalizado que tuviera en cuenta y anudara las posiciones contrarias. Cuando el presidente del comité Ad Hoc, Gerhard Hafner, presento el proyecto final de la Convención a la Sexta Comisión de la Asamblea General, enfatizó que la adopción y finalización del texto solo fue posible porque varios Estados cedieron y fueron flexibles.

Según Knuchel (2011, pág. 151) el éxito de este enfoque ecléctico se refleja en el apoyo que Estados como Rusia y China han demostrado para este instrumento, pese a que en la etapa de redacción se negaban a aceptar una norma que no favoreciera a la teoría de la inmunidad absoluta. Este hecho también permite vislumbrar la evolución de la costumbre en el área de la inmunidad estatal hacia la restricción de la inmunidad.

c. Pragmatismo

Dada la demora en la redacción del proyectos de artículos para la Convención sobre inmunidades, la CDI tuvo que recurrir muchas veces al pragmatismo con el fin de lograr



una rápida conclusión del trabajo, puesto que también existía la necesidad de “*detener la proliferación de legislación nacional sobre el tema, codificando la práctica existente de los Estados y promoviendo una ley uniforme sobre las inmunidades de los Estados*” (Asamblea General, 10 de noviembre de 2000, pág. 2). Así, el gobierno de Japón manifestó en sus comentarios y observaciones al proyecto de artículos (Asamblea General, 1 de octubre de 1993, pág. 2) que con el propósito de formular normas unificadas sobre la inmunidad de los Estados y a fin de evitar la penetración excesiva en un debate teórico, el enfoque pragmático buscó el mayor grado posible de consenso sobre la índole de las actividades con respecto a las cuales no debe otorgarse la inmunidad.

Efectivamente, la CDI no realizó un debate doctrinario, teórico o filosófico de Derecho Internacional en torno al tema de las inmunidades, toda vez que tal tarea escapa a las funciones de la CDI cuyo trabajo es la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional a partir del consenso directo de los Estados. Por ello en la redacción del proyecto de artículos no se halla una consideración a principios generales de derecho y otras fuentes de derecho internacional que no estén directamente vinculadas al consentimiento directo de los Estados.

También conviene mencionar que el proyecto de artículos, redactado bajo un enfoque ecléctico, ya había sido ultimado para 1990 (los posteriores trabajos solo se destinaron a pulir algunas cuestiones sustantivas pendientes), cuando aún existían posiciones contrarias sobre la teoría absoluta y relativa de la inmunidad. No obstante, tal situación cambió repentinamente con la desaparición de la unión soviética, y desde entonces muchos países



socialistas a favor de la inmunidad absoluta han dejado de existir, más el contenido del proyecto de artículos se mantuvo invariable. Al respecto, en sus comentarios y observaciones al proyecto de artículos de 1991, el representante de los Estados Unidos manifestó:

En los últimos años ha habido por supuesto en el mundo cambios políticos y económicos sustanciales (observamos que el comentario de la CDI al proyecto de artículos se refiere repetidamente a "sistemas socialistas" que, en su mayoría, han dejado de existir). Creemos que la realidad actual exige que el grupo de trabajo centre su atención en un examen preliminar de las observaciones de los gobiernos sobre el proyecto de artículos. (Asamblea General, 4 de agosto de 1992, pág. 19)

d. La Convención como reflejo del derecho consuetudinario actual

Conforme al artículo 30, la Convención sobre inmunidades entrará en vigor después del depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. No obstante, a octubre de 2018 solo veintidós Estados han pasado a formar parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidad de los Estados, tal como se extrae de la página web de la colección de tratados de las Naciones Unidas (Treaty Section Office of Legal Affairs United Nations, s.f.), por lo que la Convención aún no se encuentra en vigor.



No obstante, usualmente se hace referencia a que la Convención sobre inmunidades es reflejo del derecho internacional consuetudinario en lo referente a la norma de inmunidad de Estados, de tal forma que su contenido resulta aplicable aún antes de su entrada en vigencia. Según Reyes Moncayo (2017, pág. 83), *“mientras que la convención todavía está a la espera del número de ratificaciones o aprobaciones requeridas para su entrada en vigor, es ya ampliamente reconocida como un reflejo preciso, extensivo y sistemático de esta materia del derecho, y es ampliamente utilizada como base para la práctica jurídica y la reflexión académica”*.

Efectivamente, se considera que la Convención sobre inmunidades refleja el estado actual de la norma en cuestión, especialmente por las características de su procedimiento de redacción, dentro de los debates de la CDI, órgano que ejecutó un largo trabajo de identificación de la práctica interna de los Estados, del análisis de instrumentos internacionales, la doctrina y del derecho comparado. Una vez obtenido un proyecto de artículos final, la CDI puso tal proyecto a disposición de los gobiernos de los países para que realicen sus observaciones y correcciones. Posteriormente, el proyecto de artículos fue objeto de un extenso debate en el que participaron las delegaciones de los Estados miembros en el seno de la Sexta Comisión de la Asamblea General de la ONU (Comisión de asuntos jurídicos), donde se produjo una larga y compleja negociación diplomática que normalmente viene después de que culmina la etapa técnica del proceso de codificación, como relata Quintana y Guzmán (2006, pág. 62). Fisler señala que este proceso podría proporcionar un apoyo a la proposición de que los Estados consideran que las reglas formuladas en el proyecto de artículos corresponden a los requisitos del derecho



internacional consuetudinario en torno al tema de la inmunidad jurisdiccional estatal (2011, pág. 1190).

Sin embargo, tal posición no es generalizada, pues un sector de la doctrina se opone a la idea que de la Convención sea realmente un reflejo exacto de la norma sobre inmunidad, o al menos en toda su extensión. Fisler (2011, pág. 1190) menciona que si bien algunas de las disposiciones de la Convención reflejan efectivamente patrones de práctica que la gran generalidad de los Estados siguen como regla, por ejemplo la excepción por transacciones mercantiles, otras disposiciones representan un mínimo común denominador de la práctica estatal, especialmente en el momento en que se negoció la Convención, las cuales parecen representar compromisos negociados entre tendencias divergentes en la práctica estatal en los años previos al acuerdo final.

Así, la posición que niega que la Convención sobre inmunidades represente en su totalidad el derecho consuetudinario sobre la norma de inmunidad estatal, se basa principalmente en el hecho de haber utilizado el método inductivo en la redacción de la Convención, ya que se advierte que existió una escasez de material de trabajo. Así, al momento de la redacción del proyecto de artículos, no todos los Estados habían desarrollado o habían comenzado una práctica judicial en torno a las inmunidades (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 31), o bien muchos países no enviaron la información que la CDI solicitó sobre su práctica interna respecto a la inmunidad (pues no estaban obligados a ello), de tal forma que el trabajo de la CDI empezó observando la práctica de tan solo 25 Estados, práctica que en su mayoría



consideró los casos sobre la excepción por transacciones comerciales y no a los demás supuestos de excepción (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 32).

Quizá por esta razón algunos miembros de la CDI manifestaron su preferencia a una ley modelo para los Estados en lugar del establecimiento de una Convención universal. Por ejemplo, Herz (2005, pág. 3) cita al asesor jurídico adjunto de los Estados Unidos, para quien en el Estado actual de la norma general de inmunidad jurisdiccional de los Estados en aquel momento, no era posible fijar todas las excepciones que puedan reconocerse a dicha norma, por lo que propone la adopción de un texto sobre bases no vinculantes, del tipo de las leyes modelo, que pueda ser incorporado por los Estados en sus ordenamientos internos, lo que sería para él la solución más productiva en términos de desarrollo progresivo e implementación de la norma de inmunidad.

Esta escases en el material para la elaboración del proyecto de artículos ha planteado dudas sobre si es correcto identificar a la Convención sobre inmunidades como reflejo del derecho internacional consuetudinario en la materia, tal como reconoció la misma CDI (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 33).

**e. Bajo número de ratificaciones**

Ahora bien, la posición que no reconoce a la Convención sobre inmunidades como reflejo de la norma consuetudinaria de la inmunidad estatal, también se basa en el bajo número de Estados que se han hecho parte de la Convención. Así, veintidós Estados partes en la Convención representan un margen inferior a lo que típicamente se considera evidencia confiable de que un tratado refleja el derecho internacional consuetudinario que terminara siendo vinculante también para los Estados que no son partes en el tratado. Según Fisler (2011, pág. 1190), un escenario en el cual los Estados evidentemente no tienen la intención de ser parte de la Convención sobre inmunidades debería desincentivar las posiciones que consideran que la Convención establece la norma consuetudinaria sobre inmunidad de forma definitiva.

Para evidenciar la poca receptividad que tiene la Convención sobre inmunidades, hagamos una comparación con otro tratado similar en materia y pertinencia. Higgins (1985, pág. 1) refiere que hasta finales de la década de 1950, las fuentes de derecho que gobernaban las misiones diplomáticas era en gran parte consuetudinarias, y recientemente en 1961 se concluyó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Al año 2018, son ciento noventa y un Estados los que se han hecho parte de esta convención, lo que significa una ratificación prácticamente universal que incluye a Estados tan diversos como los Estados Unidos e Irán, el Reino Unido y Libia. Una situación diferente es la que se tiene con la



Convención sobre inmunidades, que fue puesta a la firma de los Estados en el año 2005 y que aún no entra en vigor por la falta del número mínimo de ratificaciones

O'Keefe y Tams presentan cinco razones (2013, pág. xl) que pueden explicar el bajo número de ratificaciones a la convención. La primera razón es la que denominan “Mexican standoff” (un duelo a la mexicana), es decir una situación en la cual los países están esperando a que los demás Estados ratifiquen la Convención, para recién ellos hacerse parte de la misma. Si bien hasta la fecha son 22 los países que se han hecho parte de la Convención, y alguno de ellos Estados clave, es comprensible que algunos Estados deseen ver previamente que la Convención entre en vigor incluyendo entre sus miembros a Estados poderosos para hacerse partes también. Este razonamiento apunta a que los Estados esperan ver cuáles serán las reservas que algunos Estados propondrán al hacerse parte de la Convención.

La segunda explicación establece que los Estados prefieren observar el desarrollo del derecho internacional consuetudinario en lo que respecta a los puntos más finos de la inmunidad, antes de hacerse parte de la Convención y obligarse a los términos de la misma. Si este fuera el caso, cabría esperar un aumento en el número de Estados partes cuando se haga manifiesto, mediante la práctica futura de los Estados, cuáles serán los detalles y tendencias de la norma de la norma de la inmunidad.

La tercera explicación es la menos optimista para una futura entrada en vigor de la Convención sobre inmunidades, pues establece que algunos Estados preferirían como una



cuestión de principio que sus tribunales estuvieran guiados por la costumbre internacional más que por un tratado, por lo que no tendrían ninguna intención de hacerse parte de la convención. Esta explicación también podría aplicarse a la situación de la Convención Europea sobre Inmunidad Estatal, que ha sido objeto de un bajo número de ratificaciones aun después de pasados 40 años desde su entrada en vigor, solo 8 Estados de los 47 miembros del consejo de Europa.

La cuarta explicación, también poco alentadora para la entrada en vigor de la Convención, es que los Estados ya están satisfechos con el proceso de redacción de la convención, la cual ha identificado o cristalizado las normas internacionales consuetudinarias sobre la inmunidad estatal. En este sentido, los Estados estarían de acuerdo con las reglas establecidas en la convención, las cuales pueden ser aplicadas por sus tribunales, pero no se hacen parte de la misma en tanto que su adhesión o ratificación requeriría elaborar reformas legales o ejecutivas a nivel interno.

La quinta explicación apunta a que algunos Estados consideran que el contenido de la Convención no corresponde al estado actual o previsible de la costumbre y tampoco refleja alguna política internacional firme, por lo que en cambio prefieren acudir y guiarse por sus normas internas.

Finalmente, O'Keefe y Tams señalan que la baja participación de los Estados en la Convención sobre inmunidades, sea muy probablemente explicada por las cinco razones combinadas. Probablemente, nunca se alcance el número suficiente de ratificaciones, ya que



del comportamiento de los Estados se puede extraer que no existe intención de los mismos a hacerse parte. Gutiérrez (2016, pág. 19) cita a la oficina de Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, que en la Memoria justificativa del Anteproyecto sometido a consulta del Consejo de Estado español afirmó que la Convención “*no tiene visos de entrar en vigor*”. Conviene tener en cuenta que no existe una presión política sobre los Estados que les exija hacerse parte de la Convención o cualquier posible presión interna, a diferencia de lo que sucedería con un tratado comercial o de derechos humanos.

Desde la perspectiva de Gutiérrez (2016, pág. 20), que la Convención sobre inmunidades aún no se encuentre en vigor genera el problema de que a nivel interno los tribunales nacionales no tienen una norma clara sobre la inmunidad para poder aplicarla, toda vez que es más fácil y práctico para los tribunales aplicar una norma de derecho internacional que esté contienda en un tratado de la que el respectivo Estado es parte, que una norma de derecho consuetudinario que se encuentra dispersa y es difícil de identificar. Gutiérrez lo dice con las siguientes palabras: “*la aplicación por los jueces españoles de las normas consuetudinarias, aun facilitada por el texto de la Convención, siempre es más problemática que la del texto de un tratado que forme parte de nuestro Derecho*”.

**f. No detiene el desarrollo progresivo**

Cuando la CDI se avocó al tema de las inmunidades estatales, “*su trabajo propugnó una solución transaccional que se sitúa entre la codificación y el desarrollo progresivo del derecho*” (Volumen I, 1991, pág. 264). En una nota verbal de 1993, el representante permanente del Japón ante las Naciones Unidas hizo un comentario interesante según el cual el proyecto de artículos está integrado por dos secciones: i) una sección “confirmativa” en la cual se confirma claramente y se manifiesta la postura con arreglo a la cual un Estado goza en principio de inmunidad de jurisdicción y ii) una sección creativa en la cual se perfilan y describen en términos concretos el ámbito y la medida en que las inmunidades jurisdiccionales de los Estados están restringidas. (Asamblea General, 1 de octubre de 1993, pág. 2)

No obstante, tales declaraciones y la intención de desarrollo progresivo y vanguardia en la norma de la inmunidad estatal, lo cierto es que, en aras de lograr un consenso global y una pronta conclusión de los trabajos, la CDI tuvo que recurrir a un concepto clásico y ya previamente aceptado por los Estados sobre la inmunidad de jurisdicción estatal. Muestra de ello es el mantenimiento de conceptos anacrónicos como es el caso de la soberanía, dejando de lado muchas medidas innovativas y vanguardistas en lo referente a los nuevos paradigmas del derecho internacional, principalmente en lo referente a la protección de los derechos humanos. Fisler (2011, pág. 1200) califica así a la Convención como conservadora, en tanto se mantiene casi incuestionable una preferencia estatal de no ser demandado ante tribunales de terceros.



Por esta razón, la doctrina que acoge la posición de no reconocimiento de la Convención como reflejo de la norma consuetudinaria, se opone a aceptar que el proyecto de artículos de la CDI contenida en la Convención sobre inmunidades signifique la cristalización del derecho internacional en lo que concierne a la norma de la inmunidad estatal. Herz (2005, pág. 2) señala que reconocer un carácter cristalizador de la norma de la inmunidad estatal a la convención, solo significaría frenar y desconocer los desarrollos ulteriores que profundicen las excepciones a la inmunidad de Jurisdicción de los Estados. De hecho, la norma de la inmunidad estuvo caracterizada desde su aparición por una evolución constante a la restricción de la inmunidad y a una adaptabilidad a los contextos facticos que se presenten.

Por ello, una lectura consiente de la Convención y de los trabajos preparatorios de la misma, nos advierte de que en el seno de la CDI existió la intención de dejar abierto el camino para el ulterior desarrollo consuetudinario de la inmunidad, lo cual es alentador. A juicio de algunos miembros de la CDI (principalmente los representantes de los Estados cuya posición defendía la restricción de la inmunidad), el proyecto de artículos que se venía trabajando no debían frenar ni bloquear la futura evolución de la práctica de los Estados (Vol. II Segunda parte , 1986, pág. 17).

El texto original del artículo 5 del proyecto de artículos de la CDI, que enunciaba el principio general de la inmunidad del Estado, establecía que la inmunidad estaría regida



tanto por los artículos de la convención, como por “*las normas pertinentes del derecho internacional general*”, enunciado que evidencia la intención de dejar en claro “*que la regla de la inmunidad estaba también sujeta a la evolución futura del derecho internacional*” como señaló la misma CDI (Vol. II Segunda parte , 1986, pág. 17).

El proyecto final del artículo 5 fue modificado y se retiró la expresión antes citada, únicamente porque algunos Estados consideraron que la frase podría generar en su aplicación se realice una interpretación arbitraria y unilateral de la inmunidad o simplemente dar pie a diferentes interpretaciones de un Estado a otro (Vol. II Primera parte , 1988, pág. 108). El relator especial señaló:

el mantenimiento de la frase (...) podría ser consecuente con el desarrollo reciente de la práctica de los Estados (...), [no obstante] el resultado de la referencia podría ser el de someter las normas de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados a la interpretación unilateral por los tribunales del Estado del foro y en última instancia a una indebida restricción de actos *jure imperii* (Vol. II Segunda parte , 1989, pág. 11).

Ante la modificación del primer proyecto del artículo 5, el relator especial dispuso que el enunciado suprimido se incluyera en preámbulo de la convención, donde actualmente figura en los párrafos 5 y 6 de la forma siguiente:

Teniendo en cuenta la evolución de la práctica de los Estados respecto de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes,



Afirmando que las normas del derecho internacional consuetudinario seguirán rigiendo las cuestiones que no estén reguladas por lo dispuesto en la presente Convención,

Estas disposiciones tienen, según de la CDI, la intención de “*prever la ulterior evolución de la práctica de los Estados y el derecho internacional*” (Volumen I, 1990, pág. 65), o como se extrajo del comentario de los Estados, “*atender el deseo de los tribunales de proteger a la parte más débil y basar sus decisiones en razones de equidad*” (Asamblea General, 3 de noviembre de 1992, pág. 15).

Pese a todo, el rol desempeñado por la Convención es protagónico al momento de decidir sobre cuestiones de inmunidad, tanto en tribunales internos como internacionales. Así, según Reyes (2017, pág. 84) no se debe desestimar que el verdadero valor de la Convención no radica en su contenido (cuyo carácter consuetudinario le permite existir con independencia del texto), sino que anuda las posiciones sobre la inmunidad estatal que fueron divergentes y que ahora forman parte de un solo régimen, estableciendo las mismas reglas y condiciones para todos, generando estabilidad y certeza de la norma aplicable a las relaciones entre Estados e individuos. O como O'Keefe (2013, pág. xxxix) refiere, quizá la esencia de la Convención sea la de reflejar la aceptación generalizada de los Estados hacia una teoría restrictiva, que al momento de la redacción no era universal, pero que ahora es el camino hacia adelante.



De esta forma, ya ahora se hace una aplicación del contenido de la Convención incluso sobre Estados que no están obligados al mismo. Verbigracia de ello es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que según Oliva (Oliva Izquierdo, 2016, pág. 199), ha estado aplicando el artículo 11 de la Convención a procedimientos que involucran tanto a Estados que han ratificado la Convención, por ejemplo Finlandia en el caso contra Vilho Eskelinen, como Estados que estaban en proceso de ratificarla, por ejemplo Francia, en el caso “Sabehe El Leil”, e incluso a Estados que no votaron en contra de la Convención durante su adopción por la Asamblea General de Naciones Unidas, como el caso de Lituania en el caso “Cudak” o los Estados Unidos en el caso “Wallishauser”.

2.1.1.3. La inmunidad como norma general. Naturaleza y alcance

Luego de examinar la evolución de la historia de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, corresponde definirla en su estado actual. En 1978, el grupo de trabajo de la CDI encargado de resolver la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, inició su trabajo describiendo la naturaleza y fundamento jurídico de la inmunidad en los siguientes términos:

La doctrina de la inmunidad del Estado es el resultado de la interacción de dos principios fundamentales de derecho internacional: el principio de la territorialidad y el principio de la personalidad del Estado, que son dos aspectos de la soberanía estatal. Por eso, la inmunidad del Estado se expresa a veces mediante el aforismo *par in parem imperium non habet*. (vol. II Segunda parte, 1978, pág. 150)



Para apreciar mejor la norma de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, corresponde empezar por estudiar sus fundamentos y posteriormente analizar cuál es su naturaleza, alcance y otras características propias de esta norma.

a. Fundamentos de la inmunidad

La inmunidad es el resultado de la confluencia de diferentes fundamentos. Finke (2011, pág. 875) señala que los académicos y los tribunales suelen citar de forma aislada fundamentos como el principio de igualdad, la soberanía, la dignidad y la independencia de los Estados, por lo que no existe un consenso definitivo. Para fines de este trabajo, analizaremos en particular los fundamentos siguientes:

a.1. Igualdad soberana de los Estados

Si bien los conceptos de soberanía e igualdad pueden ser identificados de forma independiente, en la presente investigación estos dos conceptos se desarrollarán juntos. Simpson (2004, pág. 39) menciona que, para algunos académicos, la separación de igualdad y soberanía sería conceptualmente ilógica, toda vez que la igualdad es la esencia



de soberanía y no habría sentido en clamar que un Estado o entidad es soberana si está en una relación desigual con otro Estado.

Steve Krasner (1999), citado por Luck (2009, pág. 11) identifica cuatro distintas formas en las cuales la soberanía ha sido interpretada. la primera está referida a la “soberanía nacional” que se refiere a la organización de la autoridad pública dentro de un Estado y al nivel de control efectivo de la autoridad. La segunda es la “soberanía de interdependencia”, referida a la capacidad de las autoridades públicas estatales para controlar los movimientos transfronterizos tales como los temas de migración o globalización. La tercera es la “soberanía legal internacional” que se refiere al reconocimiento mutuo de Estados u otras entidades con personalidad internacional. La cuarta es la “soberanía de Westfalia”, referida a la exclusión de los actores externos de las configuraciones de la autoridad nacional.

Para el caso de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, la soberanía a la cual se hace alusión es la “soberanía de Westfalia” que según Krasner se basa en los principios de la territorialidad y la exclusión de los actores externos de las estructuras de autoridad interna, no obstante, también se identifica que la inmunidad toma como base de argumento una soberanía compuesta por las cuatro formas de soberanía antes detalladas.

De esta forma, la soberanía es un principio de derecho internacional que permite regular el sistema interestatal, la relación entre los Estados y su posición en las organizaciones internacionales. Simpson (2004, pág. 39) refiere que la soberanía supone una base para una



serie de derechos de los Estados como la defensa y la regulación del comportamiento de los propios ciudadanos o el derecho a las inmunidades.

Por esta razón, la CDI (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 240) estableció que la inmunidad de los Estados se deriva de su soberanía, puesto que entre dos sujetos iguales no se puede ejercer voluntad o potestad soberana de uno sobre el otro, de allí el aforismo *par in parem non habet imperium*. Este concepto constituye el punto de partida de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, en tanto que la administración de justicia no podría actuar entre iguales, de soberano a soberano, es decir *par in parem non habet jurisdictionem*.

De esta forma, la igualdad soberana supone un derecho y una obligación de no injerencia en los asuntos internos de un Estado a otro y es ahí donde la inmunidad define un área en la cual las acciones de un Estado, constituidos por la actuación de los órganos de gobierno y la administración, están libres de control y otras interferencias legales internacionales. Simpson (2004, pág. 87) señala que ésta es la razón por la cual la igualdad soberana aplica a todos los Estados sin considerar cuan nefastos, antidemocráticos o incivilizados sean, porque solo así la inmunidad garantiza que todos los soberanos reciban el mismo trato sin que se haga distinciones basadas en la política sustantiva que persigan sus gobiernos.



a.2. Un nuevo concepto de soberanía

Ahora bien, el concepto previamente expuesto de la soberanía, es un concepto clásico en comparación a una nueva concepción que se gesta en el derecho internacional. Para esto se debe tener en cuenta que el concepto de soberanía no existe en el vacío, sino que debe ser interpretado de forma que se integre a los nuevos paradigmas del derecho internacional.

Luck (2009) nos brinda un ejemplo de esta evolución al referir que la concepción de la soberanía cambia en torno al contexto y la realidad del Estado de que se trate. Así, los Estados más pequeños y más débiles, en particular los que han sufrido el colonialismo, tiende a interpretar la soberanía en términos territoriales, mientras que los Estados poderosos tienden a ver la soberanía en términos de libertad de elección de políticas, un buen ejemplo son los Estados Unidos.

Teniendo esto como base, se debe considerar para fines del estudio de la inmunidad, el concepto relativamente novedoso que se gesta sobre la soberanía en la doctrina denominada “Responsabilidad de proteger”, más comúnmente conocida por su denominación en inglés “Responsibility to Protect” o “R2P”, desarrollada en el contexto de derechos humanos y derecho internacional humanitario, que presenta una concepción de soberanía en torno al reconocimiento del individuo como sujeto ultimo de protección internacional.



Hamilton (Hamilton, 2006, pág. 290) señala que la doctrina R2P establece la soberanía no como un privilegio, sino como una responsabilidad de protección a los ciudadanos. Si un Estado no puede o no quiere llevar a cabo esa función, el Estado deroga su soberanía, e inmediatamente el derecho y la responsabilidad de remediar la situación que afecte los derechos humanos recae en la comunidad internacional.

Kelleh (2012, págs. 11-16) señala que fueron los eventos sucedidos principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, el establecimiento de las Naciones Unidas y la subsecuente firma de tratados internacionales, los que han generado que el derecho internacional se defina cada vez más en alineación con los individuos y consecuentemente se conciba a la soberanía como sometida a las obligaciones internacionales. Kelleh también menciona que los tratados en derechos humanos han logrado un retroceso en contra de la soberanía clásica, puesto que muchos de estos tratados propugnan acciones colectivas y la responsabilidad del Estado ante la comunidad internacional por faltar a las obligaciones contraídas y según las cuales el Estado soberano ya no es libre de tratar a sus ciudadanos como lo desee. De la misma forma, la democratización de los Estados y la protección de esta política a nivel internacional, ha generado la idea de que la soberanía emana del pueblo, en lugar de ser algo inherente al Estado.

Esta nueva concepción de la soberanía fue acogida en el sistema de las Naciones Unidas mediante la Resolución A/RES/60/1, Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005 (Asamblea General, 2005), en él se estableció, entre otras disposiciones, que cada Estado es responsable de proteger a su población de crímenes internacionales y de prevenir dichos



crímenes, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias. Establece también la responsabilidad de la comunidad internacional en su conjunto de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados para ayudar a los Estado a cumplir con su deber de protección, y si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población, se establece la responsabilidad de la comunidad internacional de adoptar medidas colectivas, por medio del Consejo de Seguridad de la ONU, para detener la comisión de tales los crímenes.

Este compromiso adoptado por los Estados tiene un impacto directo en la concepción clásica de la soberanía, en tanto se habla de la posibilidad de una “intervención humanitaria” en la esfera de soberanía de un Estado infractor, una intervención legítima en los asuntos internos de un Estado realizada con el fin de detener crímenes internacionales. En el informe de la Comisión sobre intervención y soberanía estatal (*The Responsibility To Protect* , 2001, pág. xi) se ha establecido como principio de la doctrina de la Responsabilidad de proteger que cuando un Estado en cuestión no quiere o no puede detener la comisión de crímenes internacionales, el principio de no intervención cede ante la responsabilidad internacional de proteger.

Una concepción tal puede entenderse como contraria a la concesión de soberanía clásica, especialmente la “soberanía de Westphalia”, arraigada en el orden internacional como lo establece el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, como señala Luck (2009, pág. 17), ningún principio de derecho internacional sugiere que un Estado es libre de hacer lo que le plazca dentro de sus fronteras o que su soberanía sea



absoluta. Por esta razón, tal como señala Kelleh (2012, pág. 4), si bien la doctrina de R2P está referida a graves violaciones de derechos humanos, abre el camino a una nueva concepción de soberanía estatal a áreas como las económicas, sociales y todas aquellas que afecten la seguridad de los ciudadanos, entre las que podría caber la inmunidad jurisdiccional estatal cuando afecte derechos individuales.

a.3. Independencia

Según Finke (2011, pág. 878) la independencia de los Estados es corolario de la soberanía estatal de la cual goza el Estado vis-à-vis a otros Estados. Se entiende que los Estados, al ser soberanamente iguales, deben respetar y mantenerse al margen de las acciones y políticas tomadas por los demás Estados aun cuando estos sean hechos dentro de sus propios territorios, como ocurre en el caso de la inmunidad.

a.4. Dignidad

Respecto al fundamento de la dignidad, que es recurrentemente citado en trabajos académicos y en algunas sentencias de tribunales nacionales que versan sobre inmunidad estatal, puede considerarse más como una consideración al Estado que como una base jurídica para el otorgamiento de la inmunidad. En este sentido se ha señalado que la



dignidad es una noción esquivada que hoy en día es más relevante a una cuestión de ceremonial o protocolo, como lo manifiesta McGregor (2008, pág. 917), quien además cita a Higgins (1982) quien sostiene que el concepto de dignidad ha sido alterado en el derecho internacional, de tal forma que ya no se considera más como contrario a la dignidad de un Estado el responder a demandas contra él.

a.5. Necesidad de función

También resalta como fundamento de la inmunidad la necesidad de función, según el cual la inmunidad coloca al Estado extranjero en una mejor posición para el cumplimiento de funciones y representación dentro del territorio de otro Estado. La necesidad de función supone para el Estado extranjero, a través de sus órganos y funcionarios, la necesidad de contar con una garantía para moverse con plena libertad en el ejercicio de sus funciones, evitando ser objeto de acusaciones que pudieran resultar infundadas.

En este contexto, si se tomara con base principal de la inmunidad a la necesidad de función, la inmunidad se limitaría a ser una garantía de la independencia y libertad de actuación de la representación solamente dentro de las funciones que se realice como Estado, es decir en los actos para el logro de los objetivos gubernamentales y no para actos privados. Por esta razón, el fundamento de la necesidad de función está más relacionado con las inmunidades *ratione personae* de la que gozan los agentes de los gobiernos en el exterior y que los protege únicamente en las actividades que ejecutan como funcionarios del



gobierno y no como particulares. En esta línea, la CDI señaló que la necesidad de función no proporciona por si misma ninguna base jurídica a la inmunidad de los Estados. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 241)

a.6. Mantenimiento de las buenas relaciones entre estados, reciprocidad y comitas gentium

La CDI (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 241) identificó que muchas veces los tribunales no ejercen su jurisdicción contra Estados extranjeros con la finalidad de evitar una situación política enojosa en las relaciones internacionales o la perturbación de la paz internacional. En ese sentido, el otorgamiento de inmunidad supone un acto de cortesía internacional, en el cual también entra en juego la noción de reciprocidad.

Sobre este fundamento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentenció en el caso *Al-Adsani v. United Kingdom*, al señalar que la concesión de inmunidad soberana a un Estado en un proceso civil persigue el objetivo legítimo de cumplir con el derecho internacional para promover la cortesía y las buenas relaciones entre los Estados a través del respeto de la soberanía de otro Estado. (*Al-Adsani v. the United Kingdom*, 2001, considerando 54)

Entonces, se entiende que este fundamento corresponde a una versión más política que legal de la inmunidad de los Estados, según la cual la denegación de la inmunidad podría



generar el deterioro de las relaciones bilaterales entre el Estado del foro y el Estado demandado. Por esta razón, la CDI señaló que “*en algunos países, la ley no permite que se incoe un procedimiento judicial contra un soberano extranjero sin la previa autorización de un ministro del gobierno o del consejo de ministros*” (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 233)

No obstante, es pertinente para este trabajo citar a Orakhelashvili (2008, pág. 956), quien señala que no existe evidencia de que la práctica de denegar inmunidad, como ha sucedido muchas veces, cause un deterioro grave, a largo plazo o irreparable, en las relaciones bilaterales entre los Estados.

b. Naturaleza de la norma de inmunidad jurisdiccional

Luego de los debates sobre el concepto de Inmunidad jurisdiccional de los Estados en la CDI (Vol. II Primera parte, 1986, pág. 17), se identificaron 3 definiciones concretas:

[1] Algunos opinan que la inmunidad constituye una excepción al principio de la soberanía territorial del Estado del foro y que, como tal, debe ser justificada en cada caso. [2] Otros se refieren a la inmunidad del Estado como una regla o principio general del derecho internacional. Esa regla no es en ningún caso absoluta, ya que incluso la más incondicional de todas las teorías de la inmunidad reconoce una



importante excepción, a saber, el consentimiento, que también constituye la base de otros principios de derecho internacional. [3] Otros aún sostienen la teoría de que la regla de la inmunidad del Estado es una regla unitaria y está intrínsecamente sujeta a las limitaciones existentes. Tanto la inmunidad como la no inmunidad forman parte de la misma regla. En otras palabras, la inmunidad existe junto con sus reservas y limitaciones intrínsecas.

La primera concepción establece que la inmunidad es una excepción a la soberanía territorial, es decir a la competencia exclusiva e incondicional del Estado del foro con respecto a asuntos que ocurren dentro de su territorio. Según Shaw (2008, pág. 697), esta excepción debe interpretarse como aceptada voluntariamente por el Estado del foro porque se entiende que reconoce la soberanía de los Estados extranjeros debido a la igualdad legal existente entre ambos.

En este punto es pertinente mencionar el papel que desempeña el consentimiento de los Estados en torno a la inmunidad, pues como menciona Whytock (2014, pág. 2040), solo a través del consentimiento los Estados ceden y limitan el ejercicio de su propia jurisdicción territorial. Esta es la formulación clásica de la norma de la inmunidad de los Estados reflejada en la decisión emitida por el juez Marshall en el caso “*The Schooner «Exchange» c. McFaddon and others*” de 1812 ante la Corte Suprema de los Estados Unidos:

La jurisdicción de los tribunales es un aspecto de la que la nación posee como Potencia soberana independiente. La jurisdicción de la nación dentro de su propio



territorio es necesariamente exclusiva y absoluta. No puede estar sujeta a ninguna limitación que no se haya impuesto a sí misma. Toda limitación que se le impusiera, cuya validez derivase de una fuente exterior, supondría una disminución de su soberanía en la medida de esa limitación y la atribución de esa soberanía, en la misma medida, al poder que pudiera imponer tal limitación. Por consiguiente, todas las excepciones al poder pleno y absoluto de una nación dentro de sus propios territorios deben tener su origen en el consentimiento de la nación misma. No pueden emanar de ninguna otra fuente legítima. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 228)

Sobre la base del consentimiento, podemos advertir, como una primera cualidad, que la norma de la inmunidad jurisdiccional de los Estados es una norma dispositiva de derecho internacional y como tal los Estados pueden establecer libremente entre ellos las condiciones de inmunidad que desean mantener de forma bilateral o multilateral, verbigracia la Convención Europea sobre inmunidad de los Estados. Así también, los Estados pueden decidir de forma unilateral sobre la inmunidad de la que gozan para sí mismos, pudiendo renunciar a ella, y también decidir unilateralmente otorgar inmunidad a otro Estado en cuestiones donde la norma internacional no lo pide, ello como una cuestión de cortesía.

La naturaleza dispositiva de la norma de la inmunidad estatal puede ser apreciada en varios artículos de la Convención sobre Inmunidades, verbigracia el artículo 7 que enuncia la renuncia expresa de un Estado a la inmunidad, los artículos 8 y 9 que enuncian las formas



de consentimiento a la jurisdicción del Estado del foro o los artículos referidos a las excepciones a la inmunidad que llevan el enunciado “salvo que los Estados interesados convengan otra cosa”. Así, los Estados pueden acordar libremente otras condiciones sobre la inmunidad dentro de los límites que impone el derecho internacional.

La segunda concepción identificada por la CDI establece que la inmunidad estatal es norma general de derecho internacional y como tal ha dejado de ser una excepción al principio de jurisdicción territorial por la propia decisión de los Estados. Esta es la posición asumida en la Convención sobre inmunidades. Luego de las disposiciones generales establecidas en los artículos 1 al 4, la Convención inicia su parte sustancial mediante el artículo 5 que establece la “norma general de la inmunidad” en los siguientes términos: “*Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado*”. Solamente después de enunciar la norma general, la Convención pasa a enunciar las excepciones a la norma.

Como corolario del reconocimiento de la inmunidad como norma general, la inmunidad constituye una obligación para el Estado del foro que en términos de Gutiérrez Espada supone la obligación de todo Estado de abstenerse de ejercer su jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado, teniendo incluso que velar “*porque sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado*” (2011, pág. 12). Consecuentemente, advertimos que la norma de inmunidad jurisdiccional de los Estados es una norma prohibitiva, es decir que establece la prohibición al Estado del foro de ejercer su jurisdicción, como normalmente lo haría, sobre otro Estado.



Esta fue la posición acogida por la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) cuando en la sentencia del caso “Alemania contra Italia” (2012, considerando 56) señaló que cuando los Estados invocan la inmunidad para su propio beneficio o cuando la conceden a otros, parten generalmente del principio de derecho internacional que establece la obligación de respetar y dar efecto a la inmunidad jurisdiccional estatal.

Otro efecto del reconocimiento de la inmunidad como norma general, es que la inmunidad jurisdiccional es una presunción legal relativa a favor del Estado extranjero demandado, la cual solamente puede ser desvirtuada si quien demanda acredita que el acto del Estado que se cuestiona cae dentro del supuesto de una determinada excepción la inmunidad. De esta forma queda establecida la carga de la prueba en procesos de inmunidad del Estado. No obstante, esta carga probatoria, es también obligación del juez nacional evaluar de oficio, sobre una base de caso por caso, si la inmunidad será otorgada o denegada al Estado demandado, ello como consecuencia derivada de la obligación del Estado del foro de otorgar la inmunidad según los límites establecidos por el derecho internacional,

Finalmente, la norma general de la inmunidad de los Estados es de naturaleza consuetudinaria. En el caso mencionado de Alemania contra Italia (2012), la CIJ sentenció sobre la inmunidad de Alemania en ausencia de una norma convencional, en tanto que solamente Alemania es parte de la Convención Europea sobre inmunidad de los Estados y no así Italia. por ello la CIJ tuvo que examinar la posible existencia de costumbre en las decisiones de las cortes nacionales, la legislación interna, las demandas ante tribunales



extranjeros y las declaraciones de los Estados, considerando los estudios de la CDI en los trabajos preparatorios de la Convención sobre inmunidades, donde ya se había expresado que la regla de la inmunidad de los Estados era claramente una regla general de derecho consuetudinario en la práctica estatal. Luego de haber concluido que existe una práctica efectiva de la inmunidad estatal aceptada como obligatoria por los Estados, la CIJ concluyó que tanto Alemania como Italia estaban de acuerdo con tal concepto de inmunidad.

Así, la norma de la inmunidad del Estado se originó y continúa desarrollándose como una norma de consuetudinaria internacional, la cual se mantiene vigente sin el soporte de un tratado internacional de aplicación universal o regional. Si bien su codificación internacional en la Convención Europea está vigente, ésta solo es aplicable a 8 Estados, y aun así la inmunidad Estatal es una norma reconocida como obligatoria para todos los Estados, cuya inobservancia daría lugar a responsabilidad internacional.

c. Alcance de la norma de inmunidad jurisdiccional

La inmunidad jurisdiccional estatal, en tanto prerrogativa de los Estados, no es absoluta, sino más bien relativa en la medida de los límites fijados para su otorgamiento. De esta forma, la inmunidad será otorgada siempre que la actividad en cuestión del Estado no caiga dentro de un supuesto de excepción a la inmunidad, como se verá más adelante.



Para definir el alcance de la norma de la inmunidad que toma como base los actos del Estado, es importante definir el concepto de Estado para fines de la inmunidad. El apartado b del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre inmunidades establece que el Estado comprende: i) el Estado y sus diversos órganos de gobierno, ii) los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado, que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana y actúen en tal carácter, iii) los organismos o instituciones del Estado u otras entidades, en la medida en que estén facultados para realizar y realicen efectivamente actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado y iv) los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter.

De esta forma, la definición de Estado, establecida por la Convención para la aplicación de la norma de inmunidad estatal, resulta ser una definición amplia bajo la cual, según Atteriano (2009, pág. 66), cualquier entidad, institución o persona que esté efectivamente vinculada a un Estado y tenga capacidad para realizar actos de *jure imperii*, califica como Estado.

Ahora bien, la inmunidad estatal resulta ser vinculante y obligatoria para todos los Estados debido a su carácter de norma consuetudinaria. No obstante, el conceso en lo que respecta a su extensión y sus excepciones no está claro. Por esta razón, Dellapenna (1992, pág. 61) señala que nos encontramos ante un consenso que solo existe a un nivel bastante alto de abstracción, en el sentido de que los Estados acuerdan una idea general de inmunidad, pero no están de acuerdo en el alcance y la medida en que realmente deben otorgarla en un caso específico.



En este sentido, y como veremos en adelante, la misma carencia de uniformidad que la inmunidad presentaba antes de su codificación sigue presente, y un buen ejemplo de ello son las excepciones relativamente nuevas a la inmunidad, como la excepción por actos de terrorismo contenida en la enmienda a la FSIA de los Estados Unidos o la excepción humanitaria aplicada por los tribunales italianos, las cuales aún no cuentan con un reconocimiento universal. De esta forma, como manifiesta Finke (2011, pág. 861), muchas veces no se arriba a un consenso claro sobre si una determinada excepción está limitada a actividades y transacciones comerciales o afecta el comportamiento del Estado en general.

El proyecto de artículos elaborado por la CDI y contenido en la Convención sobre inmunidades tiene el mérito de haber anudado la mayoría de las divergencias en torno al alcance y aplicación de la inmunidad. Mas como vimos, no se pudo intentar contener por mucho tiempo una norma cuya característica es evolucionar y erosionarse constantemente, como sucedió en los últimos 50 años frente a los cambios económicos y globales que llevaron a abandonar la doctrina de la inmunidad absoluta por la doctrina de la inmunidad relativa, y en este momento, frente al advenimiento de nuevos paradigmas globales, tales como la protección de los derechos humanos, protección del medio ambiente, que obligan a repensar el alcance que debe darse a la norma de la inmunidad estatal.

A continuación, se desarrollan algunos puntos más sobre el alcance de la norma de la inmunidad de los estados.



c.1. La inmunidad no supone exención de la aplicación del derecho sustantivo

El otorgamiento de la inmunidad jurisdiccional de los tribunales del Estado del foro al Estado extranjero no supone de modo alguno la exención de la aplicación del derecho sustantivo territorial, ni un indulto a la ilegalidad.

En éste sentido, la responsabilidad legal subyacente a los actos del Estado extranjero no se ve afectada por la aplicación de inmunidad, tal como lo estableció la CIJ en la sentencia del conocido “*Arrest Warrant Case*”, donde subrayó que la inmunidad de jurisdicción no significa el goce de impunidad respecto de los crímenes que se puedan haber cometido. Si bien la inmunidad jurisdiccional puede impedir el enjuiciamiento, no se habla de una exoneración de la aplicación la responsabilidad del Estado (Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of The Congo v. Belgium), 2002, pág. párrafo 60).

En el mismo sentido, la CDI (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 214) señaló que cuando a los agentes diplomáticos se les exige que observen las leyes del país huésped pese a su inmunidad de jurisdicción de las autoridades territoriales, es debido a que los Estados, mediante sus funcionarios, que extienden sus actividades hasta dentro de los límites territoriales de otros Estados, se encontrarán sujetos a las leyes internas de los Estados territoriales. Así, existe paralelismo entre la norma de la inmunidad estatal y los instrumentos referidos a inmunidad diplomática, como por ejemplo la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 en cuyo artículo 41 se establece que “*sin*



perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor”.

Disposiciones similares se encuentran en el artículo 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 sobre el respeto de las leyes y reglamentos del Estado receptor y el artículo 77 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal de 1975 sobre el respeto de las leyes y los reglamentos del Estado huésped.

De tal forma que, pese al privilegio de la inmunidad, la obligación del Estado extranjero de cumplir con las disposiciones legales del Estado territorial en el cual está acreditado queda subsistente, y es pasible de la aplicación de la responsabilidad legal que genera una infracción, como sucedería en el caso de cualquier otro individuo sujeto a la ley territorial del Estado del foro. A este respecto, Shaw (2008, pág. 700) señala que la inmunidad está referida a una cuestión de derecho internacional, mientras que la exención del sistema legal del Estado del foro está relacionada con la administración interna de justicia del Estado, y quizá por esta razón, un indulto escapa de toda obligación internacional.

Además, como fue mencionado por la CDI, las obligaciones constituyen un corolario de los derechos, y en el caso de la inmunidad estatal ello supone que “la presencia de una autoridad soberana en la jurisdicción de otra no debe conducir a un conflicto de soberanías entre Estados y es esencial que no se menoscabe la igualdad de deberes entre los Estados” (Volumen I, 1983, pág. 70). En ese caso, si bien la inmunidad es un derecho que goza de independencia en el escenario internacional, el quebrantamiento de las normas de derecho



interno constituye una falta de consideración y cortesía al Estado anfitrión, que se entiende necesaria para el mantenimiento de las relaciones entre países.

Lo dicho aquí supone que aun cuando la inmunidad jurisdiccional impide la procedencia de una demanda en determinados casos, la responsabilidad por una infracción al orden legal del Estado del foro queda subsistente y pasible de ser demandada ante la jurisdicción que corresponda según la aplicación de la inmunidad.

Sobre esta base es posible afirmar que la verificación de los actos del Estado extranjero no supone por sí mismo una transgresión a la inmunidad jurisdiccional. De hecho, ante una infracción o falta, el Estado del foro podría comunicarse por vía diplomática con la representación del Estado extranjero a fin de solicitar el cese de determinados actos o un pronunciamiento. Al respecto, Lintner (2015, pág. 14) cita la decisión emitida en el caso “Harrington v USA” del año 2015, en el contexto de una demanda laboral, donde se señaló que investigar los actos que dan lugar a una queja, no implica ninguna investigación sobre la gestión operativa de la misión diplomática que constituya una amenaza para la dignidad o una interferencia con el Estado soberano.

c.2. La inmunidad como excepción al principio de soberanía territorial

La jurisdicción es el atributo del Estado para ocuparse de forma exclusiva de los asuntos internos que ocurren dentro de sus límites territoriales, tales como la



administración de justicia, legislación, mantenimiento del orden público, entre otros, por lo que se entiende que la jurisdicción es fundamentalmente territorial. A partir de tal premisa, la inmunidad jurisdiccional de los Estados se concibe como una excepción a la soberanía territorial del Estado del foro.

En el estudio de la CDI se señaló que la inmunidad supone la preexistencia de una jurisdicción válida y competente con arreglo a las normas del Estado del foro (Vol. II Primera parte, 1979, pág. 224), toda vez que si no consta la existencia de una jurisdicción, no hay necesidad de alegar, y menos de fundamentar, la inmunidad del Estado (Vol. II Segunda parte, 1991, pág. 25). La competencia así predeterminada está reconocida en la Convención sobre inmunidades, tal como se encuentra en los artículos que contienen excepciones a la inmunidad, verbigracia el artículo 11 que reza: *“ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente”*, enunciado del cual se advierte que pese a la inmunidad jurisdiccional, aún están vigentes las normas sobre competencia de los tribunales nacionales del Estado del foro (Vol. II Segunda parte, 1991, pág. 25).

En este sentido, la inmunidad jurisdiccional de los Estados representa una confrontación directa entre las dos soberanías, la del Estado extranjero y la territorial del Estado del foro. (Vol. II Primera parte, 1981, pág. 143) Por ejemplo, en un caso relativo a un contrato de trabajo entre un Estado extranjero y un nacional del Estado del foro (referida en el artículo 11 de la Convención sobre inmunidades), se están confrontado el interés del Estado del foro que pretende aplicar su legislación laboral y proteger a su fuerza de trabajo local,



contra el interés del Estado extranjero que pretende aplicar sus disposiciones administrativas.

Antes de que se llegue a una decisión de otorgamiento o denegación de inmunidad, el Estado del foro –mediante sus tribunales- debe primero tener jurisdicción bajo sus propias reglas de competencia, sea mediante norma constitucional, civil, una ley orgánica o un Código de Procedimiento Civil. La CDI (Vol. II Primera parte, 1981, pág. 142) señala así que cada tribunal es dueño de su propio procedimiento y en consecuencia también puede disponer sobre los límites de su propia jurisdicción. Es decir, que en un caso en el que este en juego la inmunidad del Estados, será el tribunal nacional quien determine si otorga o deniega la inmunidad, siendo que su competencia, de ser declarada, estará basada fundamentalmente en la territorialidad.

De hecho, se podrá encontrar que las excepciones a la inmunidad contenidas en la Convención sobre inmunidades y normas internas, tiene base fundamentalmente en la territorialidad del Estado. Por ejemplo, Garnett (1999, pág. 2) señala que las excepciones a la inmunidad establecidas en la SIA del Reino Unido están basadas mayormente en la conexión territorial entre la acción y el fórum, como sucede con la excepción referida a los contratos de trabajo donde la SIA establece que el Estado extranjero no es inmune cuando el contrato se realizó en el Reino Unido o el trabajo se realiza total o parcialmente allí. Otro ejemplo puede apreciarse en la excepción sobre agravios que involucran lesiones personales o pérdida o daño a la propiedad personal de la FSIA de los Estados Unidos, que



establece la competencia de los tribunales nacionales cuando actividad causante del daño tiene conexión con el Estado del foro.

Es menester considerar que la mayor parte de las actuaciones de un Estado extranjero, que afectan a los nacionales del Estado del foro, se ejecutan en el territorio de este último, por lo que tales actos terminan por constituir en sí mismos una violación de la soberanía del Estado del foro. Finke (2011, pág. 879) señala que existiendo un vínculo fuerte y legítimo entre la actuación del Estado extranjero y el Estado del foro, los tribunales de este último pueden legítimamente decidir ejercer su jurisdicción y negar la inmunidad soberana al Estado extranjero, incluso cuando actúe en su capacidad oficial.

También se debe considerar que la cuestión de la soberanía territorial está estrechamente relacionada con la cuestión del derecho aplicable a las relaciones que son impugnadas contra el Estado empleador, toda vez que el Estado del foro tiene interés en que se respete su derecho interno. Garnett (1999, pág. 7) cita como ejemplo un caso de acción contractual, en el que el contrato debe haberse celebrado, incumplido o regido por la ley del foro, aun cuando territorialmente no exista mayor contacto.

De esta forma, también se advierte que, en la aplicación de la norma de la inmunidad de los Estados, coexisten concomitantemente normas del derecho interno, normas de derecho internacional público y también normas de derecho internacional privado. Quintana (2006, pág. 68) señala que las relaciones en las que influye la inmunidad son por definición relaciones jurídicas con un particular en las cuales interviene un elemento extranjero y por



ello, las normas de derecho internacional privado aplicables en el Estado del foro son de gran pertinencia para determinar si los tribunales de dicho Estado son desde un comienzo competentes para conocer de la demanda. De esta forma, el artículo 10 de la Convención sobre inmunidades, relativo a transacciones mercantiles, hace referencia a “*las normas aplicables del derecho internacional privado*”, disposición según la cual la asignación de competencia de los tribunales del foro se realizará según las normas de derecho internacional privado vigentes.

c.3. Inmunidad como norma formal

En 2012, la CIJ resolvió el caso contencioso de Alemania contra Italia (Jurisdictional Immunities of The State (Germany v. Italy: Greece Intervening), 2012) respecto a la denegación de inmunidad en casos de quebrantamiento de normas *ius cogens*. En esta sentencia, la Corte concluyó que la norma de la inmunidad estatal es por naturaleza una norma procesal que regula el ejercicio de jurisdicción con respecto a una conducta particular, distinta a una norma sustantiva –como las normas *ius cogens*- que determina si dicha conducta es lícita o ilícita. (Negro, 2012, pág. 7)

Esta distinción fue elaborada en respuesta al argumento de Italia según el cual las normas del *ius cogens*, por su jerarquía superior, prevalecen sobre cualquier otra norma de derecho internacional que entre en conflicto con ellas. La Corte rechazó que existiera un conflicto entre las reglas de procedimiento de la inmunidad estatal y reglas sustantivas de *ius cogens*



en tanto que "*los dos conjuntos de reglas abordan asuntos diferentes*". (McMenamin, 2013, pág. 204)

La posición así asumida por la CIJ apunta a que las normas "sustantivas" no colisionan con la norma de la inmunidad, en tanto norma procesal, porque abordan aspectos diferentes y, por lo tanto, el *status* perentorio de una de las normas no tiene un efecto "triumfal" sobre la otra, por lo que la inmunidad, desde tal perspectiva, no equivale a la impunidad (Douglas, 2012, pág. 3).

La posición adoptada así por la CIJ ha sido duramente criticada por la doctrina autorizada, la cual no comparte la división de regímenes separados ente la inmunidad como norma procesal y cualquier otro derecho de carácter sustantivo. McMenamin (2013, pág. 204) cita a Cançado Trindade, quien señala que aun si no existiera un conflicto formalista, existiría un conflicto material, ya que la separación de la ley entre sustantiva y procesal tiene el efecto de causar injusticia, ya que en el caso de la inmunidad, se deja a las víctimas sin medio alternativo de reparación. De esta forma, como comenta Francioni (2012, pág. 1132), el juicio adoptado por la CIJ fue formalista, extremadamente conservador, y regresivo en su interpretación de la inmunidad, que como institución se ha caracterizado por una reducción progresiva de la regla de inmunidad bajo la constante presión de las exigencias de la justicia.

En mi lectura, esta distinción crea un régimen autónomo para la inmunidad, colocando a esta norma en una situación de casi intangibilidad, reduciendo su exposición a la relación



que pueda tener con otras normas de derecho internacional. Como corolario de ello también se genera que la norma de la inmunidad no siga un curso evolutivo, que se dirige naturalmente a la ampliación de las restricciones, en tanto que un enfoque formal de la inmunidad no acepta nuevas excepciones que –por mas validas que sean- no caen dentro del marco procesal de la inmunidad.

McGregor (2008, pág. 912) señala que si se acepta el goce de esta neutralidad, la inmunidad ya no se presenta como una simple regla de procedimiento, sino que se transforma en una barrera que equivale a aceptar la comisión de actos ilícitos por parte de Estado extranjero infractor. En este punto conviene hacer mención al trabajo elaborado por la CDI a cargo de Martii Koskenniemi sobre la fragmentación del derecho internacional (Comisión De Derecho Internacional, 2006), en el cual se desarrolla la diversificación de las normas de derecho internacional. En este trabajo, no se establece una distinción entre las normas procesales y las normas sustantivas. Por el contrario, se estableció que la norma de la inmunidad de los Estados es norma del derecho internacional general *-lege generali-*, a diferencia de los Derechos Humanos que pertenecen a un régimen autónomo *-lex specialis-*.

No obstante, la calificación a la inmunidad como norma procesal podría cumplir otro rol en el escenario del derecho internacional. En su libro *From Apology to Utopia*, Koskenniemi (2006) señala que algunas normas de derecho internacional recurren a una apariencia formal para lograr con ello mayor legitimidad, pero cuando son aplicadas a la solución de los problemas, estos no indican ninguna solución o hacen referencia a una



noción impugnada de justicia material. Como ejemplo cita a la norma de inmunidad, sobre la cual señala:

La justificación para eximir a los Estados extranjeros de la jurisdicción del Estado territorial parece derivarse de la necesidad de respetar la autonomía de aquél (soberanía, dignidad, independencia). Tal interpretación de la norma, sin embargo, no salvaguardaría la igualdad de autonomía del Estado territorial. El contenido de la norma no puede construirse para proteger la autonomía de uno solo de los Estados contendientes; esto parecería una forma totalitaria de violar la igualdad soberana. El problema parece residir más bien en delimitar o equilibrar las soberanías conflictivas. (Koskenniemi, 2006, pág. 486)

En base a estas consideraciones, la definición de la inmunidad como norma formal probablemente sea más conceptual, pero en términos facticos no proporciona ninguna solución.

Ahora bien, Negro (2012, pág. 254) señala que si se acepta la posición que establece a la inmunidad como puramente formal, se debe considerar entonces que esta norma tienen un carácter preliminar, y el caso de procesos en los cuales la inmunidad se encuentre en juego, el tribunal debería determinar si un Estado extranjero goza o no de inmunidad según el derecho internacional antes de escuchar sobre el fondo del caso y determinar los hechos. Tal fue la posición acogida por la CIJ en la sentencia de Alemania contra Italia (Jurisdictional Immunities of The State (Germany v. Italy: Greece Intervening), 2012),



donde reiteró que las cortes nacionales tienen que determinar la cuestión de la inmunidad al inicio del procedimiento, aun antes de considerar el fondo del asunto.

Lo mismo se aplica para casos de *exequátur*, donde el tribunal que decide es quien debe cuestionar preliminarmente la inmunidad del Estado contra quien la sentencia se pretende reconocer, y al mismo tiempo verificar si el Estado contra quien se dictó la sentencia gozaba o no de inmunidad jurisdiccional en el Estado donde la sentencia fue dictada. (Negro, 2012, pág. 259)

De esta forma la inmunidad jurisdiccional presenta una nueva inconsistencia, en tanto que no es posible hacer una calificación liminar de la inmunidad sin confrontarla con los elementos de fondo que conforman el caso, pues son estos últimos los que determinaran si se dan las circunstancias para la restricción de la inmunidad, lo que implica a su vez la necesidad de realizar una evaluación sobre una base de caso por caso.

2.1.1.4. Teoría de la inmunidad absoluta y restringida

Previamente, en el desarrollo sobre la evolución en los límites de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, se ha hecho referencia a que existen dos concepciones de la



inmunidad en relación a su alcance y aplicación: una teoría absoluta y teoría una relativa de la inmunidad.

a. Teoría de la inmunidad absoluta

La teoría de la inmunidad absoluta es la concepción de la inmunidad que propugna que un Estado soberano no puede ser sometido contra su voluntad a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, independientemente de toda circunstancia y sin excepción a la regla. Es decir que se concibe a la inmunidad jurisdiccional como un derecho absoluto del Estado.

Esta teoría representa la formulación clásica de la inmunidad. En el caso “*The Schooner Exchange. v. McFaddon*” de 1812, el primer pronunciamiento judicial en torno a la inmunidad del Estado, la Suprema Corte de los Estados Unidos sentenció que no se podía ejercer la jurisdicción sobre otros soberanos o sobre la propiedad de éstos, porque entre ellos existe un interés común de reconocimiento mutuo de su soberanía. (Reyes Moncayo, 2017, pág. 86).

Como se vio previamente, la inmunidad concebida como una prerrogativa absoluta del Estado se justificó por el papel - relativamente sencillo- que desempeñaba el soberano y el



Estado en los siglos XVIII y XIX (Shaw QC, 2008, pág. 701), periodos dominados por una filosofía liberal en los que se marginaba al Estado de la actividad económica y donde solamente los particulares actuaban en el comercio y la industria. De esta forma, se aceptó una inmunidad absoluta para el Estado que tenía como única función la de guardián de la seguridad externa y del orden público interior. (Barria García, 1993, pág. 52)

Con el advenimiento del fenómeno económico mundial y una mayor actividad transnacional producida principalmente a partir del siglo XX, el papel asumido por el Estado se expandió a otras actividades que no necesariamente implicaban la función propia de un soberano, como es su ingreso al mercado y al comercio internacional, desempeñándose ahora también como un sujeto privado. Lalive (s/f), citado por Barría García, enuncia tres elementos que coadyuvaron a la desaparición de la teoría absoluta de la inmunidad, a saber: i) el papel realizado por la Unión Soviética, cuya economía totalmente estatizada monopolizó el comercio exterior ejerciendo actividades comerciales en el extranjero; ii) el uso de navíos estatales a servicios comerciales, que a partir de la Primera Guerra Mundial se hace más frecuente; y iii) el reconocimiento contemporáneo del individuo como destinatario directo de la norma jurídica internacional, convirtiéndolo en sujeto –pasivo- de derecho internacional, hecho que está unido al reforzamiento del principio de la legalidad, según el cual el Estado también está sometido a su propio derecho interno (Barria García, 1993, pág. 54).



En este periodo, la inmunidad absoluta de jurisdicción subsistió por un amplio periodo, lo que creaba injusticia y disparidad en las relaciones con privados, porque cualquier movimiento del Estado era inmune a una demanda hecha por un privado que contrataba con él. Por ello, algunos tribunales nacionales, como los italianos y belgas, consideraron que el otorgamiento de inmunidad implicaba una desventaja y desigualdad para el particular que contrataba con el Estado extranjero, lo que generó que en sus razonamientos judiciales se aplicara el criterio por el cual la inmunidad debía limitarse solo a aquellos actos en los cuales el Estado actúa como ente soberano, y no como un privado en actividad comercial, tal como señala Barria García (1993, pág. 53).

Como se detalló en la evolución de los límites de la inmunidad estatal, la teoría absoluta fue abandonada progresivamente en la práctica de los Estados, lo cual fue advertido por la CDI al no hallar en el periodo de 1983 a 1984 ningún fallo judicial que proporcionara una prueba del otorgamiento de inmunidad absoluta en los tribunales nacionales (Vol. II Primera parte, 1984, pág. 16). Para 1989, el relator especial Ogiso, encargado de los trabajos sobre inmunidad para la CDI, declaró consistentemente que *“la doctrina de la inmunidad absoluta ha dado paso gradualmente a una doctrina de inmunidad restringida y, por lo tanto, no parece que exista actualmente una norma de derecho internacional consuetudinario que exija automáticamente a un Estado que conceda inmunidad jurisdiccional a otros Estados en términos generales”* (Vol. II Primera parte, 1989, pág. 65).



No obstante el consenso generalizado sobre la relatividad de la norma de la inmunidad, la concepción absoluta aún subsiste en alguna medida para los actos del Estado calificados como *iure imperii*, incluso cuando tales actos constituyen una violación de normas de orden público de derecho internacional, como sucede en el caso de infracciones a normas *ius cogens*, como se verifico en la decisión adoptada por la CIJ al sentenciar en el caso de Alemania contra Italia (Jurisdictional Immunities of The State (Germany v. Italy: Greece Intervening), 2012).

b. Teoría de la inmunidad restringida

A diferencia de la teoría de la inmunidad absoluta, la teoría de inmunidad restringida sostiene la posibilidad de enjuiciar al Estado extranjero por determinados actos previstos como excepciones a la inmunidad, aun en ausencia de su consentimiento.

Como se desarrolló previamente, en la evolución de los límites de la inmunidad estatal los tribunales italianos, conjuntamente con los franceses y belgas, al advertir las nuevas actuaciones de los Estados en el ámbito comercial, repensaron la norma de la inmunidad jurisdiccional y formularon por primera vez la distinción entre los actos del Estado realizados en virtud de la potestad soberana, denominados *acta iure imperii*, de aquellos



actos de gestión que pueden ser realizados por cualquier sujeto particular y que no requieren el ejercicio de poder público, denominados *acta iure gestionis*.

Así, los tribunales italianos arribaron a la conclusión de que si el fin de la inmunidad es proteger la soberanía de los Estados, entonces la inmunidad no debería ser otorgada en casos donde el Estado actúa como una entidad privada. (Atteritano, 2009, pág. 33). Según Finke (2011, pág. 865), la teoría restringida se desarrolló en torno a la idea de que una vez que el soberano ha descendido de su trono para entrar en el mercado, se ha despojado de su condición de soberano y, por lo tanto, ya no es inmune a la jurisdicción interna de los tribunales de otros países.

No obstante, el viraje hacia la teoría relativa de la inmunidad ha sido lento, ya que incluso cuando los tribunales italianos y belgas aplicaron esta noción a finales del siglo XIX, algunos Estados aun aplicaban la teoría absoluta de la inmunidad en el siglo XX, e incluso ahora algunas cortes siguen aplicando esta teoría, como en el caso de “Edgar Cristian Tello Rivera contra la Agencia de Cooperación de Corea en el Perú” en la Corte Superior de Justicia peruana (2017). No obstante, la posición generalmente aceptada en el derecho internacional es que un Estado carece de inmunidad frente a una demanda presentada ante un tribunal extranjero con respecto a las actividades comerciales u otras actividades que constituyan *acta jure gestionis*. Efectivamente, la CIJ, citada por Bornkamm (2012, pág. 780), observó que muchos países distinguen entre actos *jure gestionis* y actos *jure imperii*, sosteniendo que con relación a los primeros la inmunidad es limitada y que este criterio ha



sido seguido por la Convención de Naciones Unidas y la Convención Europea sobre inmunidades.

Según Richter (2011, pág. 38), es evidente que la actividad de los Estados se desarrolla cada vez con mayor frecuencia al amparo del *iure gestionis* y rebasa los límites tradicionales del *iure imperii*. Por ello, puede argumentarse con algún grado certeza que la inmunidad estatal tendrá que restringirse progresivamente, abriendo campo a nuevas excepciones que serán reconocidas por el derecho internacional. de hecho, la CDI ya había identificado este hecho, como señaló en su informe de 1984 (Vol. II Primera parte, 1984, pág. 15) en el cual reveló un “*brusco aumento de las prácticas restrictivas*” y que “*es indudable que ha habido un aumento de ciertas prácticas jurídicas en el sentido de multiplicar las restricciones a la inmunidad de los Estados en todas las esferas imaginables*”.

Evidencia de este viraje, fue el brusco cambio a la restricción de la inmunidad que la CDI identificó en los tribunales italianos respecto a los contratos de trabajo. En el informe de 1983, la CDI expuso que no existía una práctica en los tribunales italianos que reconocerá a los contratos de trabajo como un supuesto de excepción a la inmunidad; sin embargo, en el informe de 1984, el relator especial señaló que los tribunales italianos habían procedido al embargo de cuentas bancarias de embajadas para el pago de obligaciones relativas a la seguridad social y otros tipos de retribuciones que se debían en virtud de contratos de



trabajo, por lo que la inmunidad absoluta, en casos sobre contratos de trabajo, había dejado de tener vigencia (Vol. II Primera parte, 1984, pág. 16).

Ahora bien, la restricción de la inmunidad se basa fundamentalmente en la distinción que se hace entre *iure imperii* e *iure gestionis*, sin embargo, tal distinción no es el único criterio utilizado. Existen algunas excepciones reconocidas y también nuevas propuestas de excepciones a la inmunidad, que bien podrían suponer actos de los Estados en ejercicio de poder gubernamental, es decir actos *iure imperii*.

Esto se debe a que la distinción entre *iure imperii* e *iure gestionis* no es clara, y por ello, se ha preferido optar por un sistema de establecimiento de excepciones a la inmunidad, en lugar de dejar a la interpretación la naturaleza de cada acto del Estado. Esta es la razón por la cual las normas referidas a la inmunidad estatal, contienen ya establecidas las excepciones a la norma, verbigracia la parte III del proyecto de artículos elaborado por la CDI denominada “*Procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer*”.

b.1. Fundamentos para restringir la inmunidad

Resulta lógico entender el viraje de la inmunidad absoluta a la inmunidad relativa, en tanto que los Estados empezaron a desempeñarse en el papel de empresarios. Como



señala Shaw (2008, pág. 701), conforme estas actividades se incrementaban, también se incrementaban las demandas contra Estados extranjeros por parte de privados que contrataron con ellos. Así, surge un nuevo debate en torno al tema de la inmunidad, ya que los tribunales, pese a tener jurisdicción conforme a sus normas internas de competencia, no podían juzgar porque una de las partes era un Estado soberano que gozaba de inmunidad, creándose así una situación injusta en la que los Estados, por el simple hecho de detentar condición estatal, podían incumplir las obligaciones que asumían mientras que sus contrapartes privadas podían nunca recibir una compensación. Entonces los tribunales reaccionaron en contra del concepto que sugería una inmunidad absoluta, adoptando la teoría de la inmunidad restrictiva.

McGregor refiere que más allá de significar una corrección inspirada en justicia, el abandono de la inmunidad absoluta tuvo como principal impulsor a los poderes económicos y la presión que las corporaciones ejercieron sobre los poderes del Estado en la búsqueda de obtener un mismo status con los Estados en sus relaciones contractuales. McGregor cita a Dickinson, Lindsay y Loonam (2004) quienes señalan que la aprobación de la SIA del Reino Unido en 1978 no se basó únicamente en cuestiones de la teoría jurídica internacional, sino en intereses financieros y nacionales en tanto que la restricción a las inmunidades y privilegios de los Estados extranjeros se consideraron totalmente beneficiosas desde el punto de vista de los mercados financieros de Londres. (2008, pág. 915)



Entonces, hasta aquí se parecía que la aplicación de la inmunidad restringida de los Estado estuvo fundamentada en un primer momento i) por el ingreso de los Estados en las transacciones comerciales y otros ámbitos económicos y ii) porque al mantener la inmunidad, la contraparte contractual era perjudicada una vez que se reconocida la inmunidad del Estado, contrapartes que en su mayoría ostentaban un significativo poder económico en tanto estaban en posición para poder contratar con un Estado.

Ahora bien, si la necesidad de equidad de los poderosos condujo a restringir la inmunidad fundamentalmente para actos comerciales, es posible aplicar el mismo razonamiento para restringir la inmunidad a actos contra sujetos privados que no poseen el mismo poder factico, pero que de igual forma se han visto perjudicados por un Estado en su relación con él. Si bien se ha superado la inmunidad absoluta para algunas actividades del Estado, aún se mantienen estructuras de dominación y subordinación en otras actividades que afectan a individuos sin poder de reclamar, como por ejemplo víctimas de violaciones de derechos humanos o trabajadores al servicio de un Estado extranjero.

Ahora bien, el abandono de la inmunidad absoluta por la inmunidad restringida tuvo su origen primordialmente en los tribunales nacionales, quienes, en base a una progresiva denegación de la inmunidad para determinados actos, lograron posicionar la teoría restringida en el derecho internacional. Ello no significa que las primeras sentencias, como las italianas, violaran el derecho internacional, sino que proporcionaron una variación en la aplicación de las normas existentes, tanto de la interpretación de sus normas internas,



como de la interpretación del derecho internacional, sobre la cual la comunidad internacional no se opuso. Finke señala que en la transición de la teoría absoluta a la restrictiva, los Estados que aún otorgaban inmunidad absoluta a los Estados extranjeros no protestaron por este desarrollo.

b.2. Criterios de restricción y distinción entre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis*

Existen dos categorías de los actos estatales en relación con la inmunidad del Estado: la categoría de los actos *iure imperii* y la categoría de los actos *iure gestionis*, distinción sobre la cual se decide otorgar o denegar la inmunidad jurisdiccional.

No obstante, la distinción entre actos *iure imperii* –*iure gestionis* no ha resuelto los problemas de la aplicación de la inmunidad, ya que aún queda por determinar en cuál de las dos categorías cae un determinado acto del Estado. Es decir ¿qué determina que un acto sea *iure imperii* o *iure gestionis*? No existe una única respuesta para tal pregunta. Koskenniemi (2006, pág. 488) cita a James Crawford, quien señala que aunque puede haber consenso sobre la inmunidad restrictiva, todavía existe la carencia de un razonamiento, una explicación conectada para este estado de cosas, que nos permitiría establecer la distinción entre los casos en los que los Estados tienen derecho a inmunidad y casos en que no.



Aun cuando parece sencillo ubicar un determinado acto del Estado en alguna de las dos categorías, tal tarea resulta un ejercicio complicado en la medida que se deben considerar diversas cuestiones. Además, también se debe tener en cuenta que posición sirve mejor a los intereses del Estado que evalúa el otorgamiento o la denegación de la inmunidad. Koskenniemi (2006, pág. 487) señala que la distinción entre los actos "públicos" y "privados" del Estado ha dado lugar a una jurisprudencia muy variable, sobre todo porque la distinción realizada muchas veces se basa en suposiciones y prioridades en la política estatal que no pueden ser fácilmente contenidas en las reglas formales.

En este sentido Bakircioglu (2012, pág. 93) señala que la calificación de un acto como *iure imperii* o *iure gestionis* debe realizarse sobre una base de caso por caso, considerando todas las circunstancias que rodean el acto cuestionado. Shaw (2008, pág. 710) cita la decisión en el caso "1° Congreso del Partido" ante la Cámara de los Lores, donde se enfatizó que en la determinación de un caso de inmunidad, se deben considerar todo el contexto en el que se hace la reclamación con el fin de identificar el "acto relevante" que formó la base de esa reclamación. El mismo criterio fue sostenido por el Instituto de Derecho Internacional (en adelante IDI) en la Resolución emitida en la sesión de Basilea (1991), en cuyo párrafo 1 del artículo 2 se establece que al determinar la cuestión de la competencia de los órganos pertinentes del Estado del foro, cada caso debe caracterizarse por separado a la luz de los hechos relevantes y los criterios pertinentes, tanto de competencia como de incompetencia.



Por ello, Lintner (2015, pág. 11) establece que al determinar si el acto en el que se basa el procedimiento es *iure imperii* o *iure gestionis*, el Tribunal nacional deberá tener en cuenta todo el contexto en el que se presenta el caso, en lugar de intentar ajustar el caso dentro de las categorías establecidas, razón por la cual inmunidad no puede considerarse como una norma puramente preliminar, en tanto que su valoración no solo obedece a cuestiones de forma, sino también de contenido y fondo. También la Cámara de los Lores acoge esta postura en el caso “*Holland v. Lampen-Wolfe*” (2000), donde manifiesta además que lo que se debe estudiar y evaluar son los hechos particulares de un caso en tanto que la línea entre las actividades estatales soberanas y no soberanas puede ser difícil trazar. La Cámara cita el caso “*United States v. Public Service Alliance of Canada*” del cual extrae que, incluso cuando la actividad relevante ha sido identificada, esta puede tener un doble aspecto de ser al mismo tiempo ser soberana y comercial.

Un ejemplo de la determinación sobre una base de caso por caso, en el contexto de un contrato de trabajo, es la que presenta Lintner (2015, pág. 13) de la Sentencia del caso Sengupta, donde el tribunal estableció cuatro preguntas que permitieron analizar la inmunidad: i) ¿fue el contrato de un tipo en el que un individuo particular podría participar?, ii) ¿la ejecución del contrato involucró la participación de ambas partes en las funciones públicas del Estado extranjero, o fue puramente colateral a tales funciones? iii) ¿cuál fue la naturaleza del incumplimiento del contrato u otro acto del Estado soberano que dio lugar al procedimiento? y iv) ¿la investigación del reclamo por parte del tribunal involucrará una investigación de los actos públicos o soberanos del Estado extranjero?



De esta forma, aun cuando las excepciones a la inmunidad siguen parámetros pre establecidos como su diferenciación *iure imperii* e *iure gestionis* y el establecimiento taxativo de excepciones en los instrumentos sobre inmunidad estatal, la determinación final recae en ña valoración que realice el tribunal nacional del caso. Quintana y Guzmán (2006, pág. 57) citan a Foakes y Wilmshurst (2006) quienes refieren que “*si bien el derecho internacional es el sistema jurídico que determina las normas generales con respecto a si un Estado posee o no inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, le corresponde al derecho interno —y a los tribunales— de este segundo Estado la tarea de interpretar y aplicar tales reglas*”.

De esta forma se reconoce la libertad de discreción que tiene el tribunal nacional sobre cuál será el criterio que adoptará para el otorgamiento o denegación de inmunidad, pero además, como establece Shaw (2008, pág. 711), al no existir una línea divisoria definitiva entre actos *iure imperii* y *gestionis*, la determinación de la inmunidad muchas veces obedece al concepto político particular proclamado por el Estado del foro.

Entendiendo que la determinación de un acto como *iure imperii* y *gestionis* depende tanto de decisiones políticas como a la determinación que realice el juez en una base de caso por caso, la doctrina ha identificado los siguientes criterios para diferenciar si un acto es privado o público, *iure imperii* o *gestionis* respectivamente. Dependiendo del criterio usado, la inmunidad estatal será más o menos amplia.



b.2.1. Criterio que considera la naturaleza del acto estatal

Según este criterio, la cuestión de la determinación de la inmunidad puede resolverse mediante la siguiente pregunta: ¿Es el acto estatal en cuestión de tal naturaleza que podría ser realizado tanto por un particular como por un gobierno, o únicamente por éste último?

Si la respuesta a la pregunta es que el acto en cuestión puede ser realizado únicamente por un Estado, significa entonces que nos encontramos frente a un acto soberano o *iure imperii*. Si por el contrario la respuesta concluye en que el acto en cuestión puede ser realizado tanto por un Estado como por cualquier sujeto privado, significa que nos encontramos ante un acto que no supone el ejercicio de poder público, es decir un *acta iure gestionis*.

Pongamos como ejemplo la contratación que realiza un Estado con una empresa ubicada en el territorio de otro Estado para la compra de calzado. Según el criterio naturaleza, se entiende que por más que sea un Estado quien realiza el acto, la compra de calzado es un acto de naturaleza comercial que puede ser realizado por cualquier sujeto, y por tanto constituye *acta iure gestionis* frente al cual se denegara la inmunidad.

El criterio naturaleza es el que limita más la amplitud de la inmunidad y amplía el alcance de su restricción, puesto que son pocos y distinguibles los actos exclusivos de un Estado,

verbigracia la emisión de leyes, la administración de justicia, declaración de Estados de emergencia o el resguardo de la seguridad pública; mientras que los actos *iure gestionis* son los más abundantes en la actuación del Estado, esto porque los gobiernos, al igual que las corporaciones privadas, actúan a través de individuos y, en teoría, deberían ser fácticamente capaces de realizar los mismos actos (Garnett, 1999, pág. 4). Así, Gutiérrez (2016) señala que si se tiene en cuenta únicamente el criterio de la naturaleza del acto, los supuestos en los que la aplicación de la inmunidad fuera posible se reducen considerablemente.

b.2.2. Criterio que considera el objeto del acto estatal

Este criterio toma al objeto del acto del Estado como indicador para determinar si tal acto es *iure imperii* o *iure gestionis*, y tal cuestión puede resolverse realizando la siguiente pregunta: ¿el objeto del acto en cuestión es posible de ser adquirido y/o usado por un Estado y también por un particular, o únicamente por un Estado?

Si el objeto del acto del Estado puede ser adquirido por un Estado y también por cualquier particular, significa que el acto constituye *acta iure gestionis*. Si por el contrario el objeto es tal que solamente un Estado puede adquirirlo y/o usarlo de forma legítima, significa que nos encontramos ante un acto *iure imperii*.



Si se aplica el criterio que considera al objeto de la acción en el ejemplo de la compra de calzado mencionado previamente, se tiene como resultado que el acto se trata de un *iure gestionis*, toda vez que la compra de calzado puede ser realizada tanto por un Estado como por cualquier particular. La situación cambia cuando la compra realizada por el Estado tenga como objeto armamento militar, por ejemplo, en cuyo caso se entiende que solo un Estado puede realizar una compra legítima de estos objetos, y no así un particular, razón por la que nos encontraríamos frente a un *acta iure imperii*.

b.2.3. Criterio que considera el propósito o finalidad del acto estatal

Este criterio evalúa la cuestión de si ¿la realización del acto del Estado se ejecuta con un propósito que obedece a objetivos de gobernanza o finalidad pública, o el propósito al que sirve el acto puede ser también el propósito de cualquier particular?

Por ejemplo, en el caso de la compra de calzado, al que agregamos el hecho de que tales zapatos tienen por finalidad el equipamiento de las fuerzas armadas del Estado, se tendrá por resultado que la compra en cuestión es un acto *iure imperii*, porque dicha compra tiene por finalidad cubrir los requerimientos que el Estado establece en su política militar, además que las fuerzas armadas son un órgano que únicamente los Estados pueden poseer



de forma legítima y no así un particular. De esta forma el propósito determina la naturaleza del acto.

A diferencia del criterio naturaleza, este criterio es el que más amplía el alcance de la inmunidad, ya que se entiende que toda actividad del Estado está dirigida a un fin público o con propósito de gobernanza, lo que caracteriza al acto como *iure imperii*. Gutiérrez (2016, pág. 9) señala que en una última instancia todos los actos que el Estado realiza son con fines y propósitos gubernamentales, razón por la cual la utilización del criterio propósito o finalidad es cuestionada, en tanto deja un estrecho margen para definir una acción como *iure gestionis* y dejar de lado la inmunidad.

No obstante, se debe considerar el criterio del propósito resulta ser de utilidad en casos concretos, especialmente cuando los Estados necesitan de la inmunidad para el cumplimiento eficaz de sus fines más intrínsecos. Esto se discutió en los debates de la CDI, donde se planteó la situación en la cual los Estados pudieran beneficiarse de la inmunidad en algunas transacciones que implican necesidad, como por ejemplo la compra de víveres para alimentar a una población en un programa para combatir la hambruna o socorrer a una zona amenazada o la compra de medicamentos para erradicar una epidemia (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 21). Esta es la razón por la cual la CDI estableció en el artículo 10 sobre transacciones comerciales que el criterio “finalidad o propósito” tiene un papel subsidiario con el propósito de “*proporcionar a los países en desarrollo una protección y*



garantías suficientes, especialmente en sus esfuerzos por fomentar el desarrollo económico nacional” (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 20)

b.2.4. Otros criterios identificados en la doctrina y la práctica de tribunales nacionales

Los criterios naturaleza, el objeto y el propósito del acto del Estado son los criterios clásicamente usados para la determinación de un acto como *iure imperii* o *iure gestionis*. No obstante, muchas veces los tribunales nacionales han recurrido a otros criterios con el fin de esclarecer la real dimensión del poder público ejercido por un Estado en un determinado acto. Por ejemplo, Bakircioglu (2012, pág. 94) hace referencia al criterio que denomina en inglés como “the two-stage test”, según el cual refiere que el Tribunal tiene la posibilidad de evaluar la naturaleza, el propósito y el contexto general del acto del Estado y determinar el otorgamiento o la denegación de la inmunidad a partir de un examen conjunto de los tres criterios clásicos.

Atteritano (2009, pág. 42) presenta un criterio recientemente identificado en la práctica de los tribunales italianos, según el cual se toma como referencia a la naturaleza del acto mediante el cual el Estado quebranta su obligación. Atteritano señala que este criterio ha sido aplicado por los tribunales italianos en años recientes, y cita como ejemplo de los



casos de “*Borri c. Argentina*” del año 2005 y “*S.R.L. Immobiliare Villa ai Pini contro Repubblica popolare di Cina*” del año 2008, ambas ante la Corte de Casación italiana. En el caso “*Borri c. Argentina*” (2005), la Corte otorgó la inmunidad de jurisdicción a la República Argentina luego de considerar que el propósito del acto legislativo mediante el cual dispuso no pagar los bonos, era un acto *iure imperii*. De esta forma, si bien la emisión de bonos es una actividad privada (lo que constituiría *iure gestionis*), la Corte estableció que las medidas adoptadas por Argentina con el propósito de enfrentar su crisis financiera fueron adoptadas por mediante ley, y teniendo en cuenta que la promulgación de la ley es una actividad exclusiva del Estado, se estableció que Argentina tenía el derecho de invocar su inmunidad. Según la opinión de Atteritano, éste criterio otorga al Estado extranjero un escudo seguro contra las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones, puesto que mediante medidas públicas que son tomadas de forma posterior al incumplimiento, se priva a la parte perjudicada de su derecho a acceder a la jurisdicción.

Atteritano (2009, pág. 43) también presenta el criterio al que denomina *petitum*, según el cual se toma en consideración la pretensión formulada en la demanda contra el Estado y si ésta supone la intromisión en actos estatales *iure imperii*. Este es por ejemplo el caso de las demandas laborales con pretensión de reposición, en los cuales, si bien el contrato de trabajo supone un *acta iure gestionis*, la pretensión de reposición laboral supone una medida de intromisión en asuntos del Estado extranjero, por lo que en el estado actual del derecho internacional esta pretensión es denegada en los tribunales nacionales.



El nexos territorial existente entre el acto del Estado extranjero, sus efectos y la jurisdicción territorial de los tribunales del Estado del foro también es un criterio tomado en cuenta. En este criterio se evalúa, a la luz de la legislación interna, si el acto u omisión produjo o tubo efectos dentro de los límites territoriales de competencia del tribunal nacional. Garnett (1999, pág. 8) señala que también las reglas del derecho internacional privado permiten que un tribunal ejerza jurisdicción sobre la base de la territorialidad tanto cuando el acto se produce en el Estado del foro como cuando el agravio ocurre fuera del foro pero sus efectos son sufridos allí. Este es el caso de la *tort excepción* o excepción por daños aplicada por los tribunales de los Estados Unidos, donde se aprecia que la distinción entre *iure imperii* e *iure gestionis* no es determinante para el otorgamiento de la inmunidad jurisdiccional, sino que se valora la conexión territorial.

b.3. Excepciones a la norma de inmunidad en la Convención sobre inmunidades

En el desarrollo de este trabajo se han dicho que la inmunidad no es una prerrogativa absoluta de los Estados, sino más bien es una norma relativa según la teoría restrictiva que establece límites o excepciones a la inmunidad. En este sentido, las excepciones a la inmunidad jurisdiccional son aquellos supuestos en los cuales el Estado extranjero no puede hacer valer la inmunidad. Quintana y Guzmán (2006, pág. 69) establecen que existen



dos categorías de excepciones a la aplicación de la norma general sobre inmunidad: las excepciones de carácter procesal y las de carácter sustantivo.

Las excepciones de carácter procesal están referidas a las formas de renuncia hecha por el Estado extranjero a la inmunidad de la que goza, ya sea realizada mediante consentimiento expreso al ejercicio de jurisdicción conforme al artículo 7 de la Convención sobre inmunidades, de forma tácita por efecto de la participación en un proceso ante un tribunal conforme al artículo 8, o por reconvencción conforme al artículo 9. Mientras que las excepciones sustantivas, que desarrollaremos en este apartado, están referidas a todas aquellas circunstancias en las que, ante un procedimiento incoado, dependiendo del criterio que se le aplique (desarrollado en el punto anterior), el Estado extranjero no puede valerse de la inmunidad y el Estado del foro está autorizado para ejercer su jurisdicción.

Ahora bien, no existe un consenso en torno a cuáles son realmente las excepciones y los límites precisos de la inmunidad de jurisdicción, ya que como vimos, hasta ahora el derecho internacional no ha determinado un criterio definitivo al respecto. Es lo que Bornkamm (2012, pág. 779) de llamado una "zona de penumbra", porque existen supuestos donde algunos Estados otorgan inmunidad mientras que otros la deniegan.

Por esta razón, la Convención sobre inmunidades, como otras normas sobre inmunidad estatal, han enumerado sus excepciones de forma que restringe el ámbito de interpretación para la calificación de los actos. No obstante, Herz (2005, pág. 7) señala que tal



enumeración ha generado la sensación de una categoría cerrada respecto a las excepciones y de allí una concepción de la cristalización de la norma de la inmunidad, aún en una etapa en la cual la realidad muestra una tendencia de renovación de las posturas tradicionales mantenidas por los Estados.

Las excepciones a la inmunidad estatal en la Convención sobre inmunidades están establecidas en la parte III de su texto denominada “Procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer”. Para la determinación de estas excepciones, la CDI identifico las excepciones existentes en la práctica de los Estados (mediante el método inductivo) y no en criterios doctrinarios como es la distinción del enfoque dual de actos *iure imperii- iure gestionis* (Vol. II Primera parte, 1982, pág. 253). Los Estados han aceptado de manera progresiva las excepciones que la Convención establece y que consecuentemente forman parte –en alguna medida- de la práctica estatal contemporánea. Tales excepciones, establecidas respectivamente entre los artículos 13 al 17, están referidas a: transacciones mercantiles (artículo 10), contratos de trabajo (artículo 11), lesiones a las personas y daños a los bienes (artículo 12), propiedad, posesión y uso de bienes (artículo 13), propiedad intelectual e industrial (artículo 14), participación en sociedades u otras colectividades (artículo 15), procesos relativos a la explotación de buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado (artículo 16) y la existencia de una cláusula arbitral (artículo 17).



No obstante, el establecimiento de una lista de excepciones a la inmunidad en la Convención, nuevas excepciones se están gestando ahora en los tribunales y la legislación nacional, tales como la excepción por violaciones a normas de derecho internacional humanitario con status de ius cogens y la excepción por actos de terrorismo. A continuación, se desarrollan las tres primeras excepciones establecidas en la Convención sobre inmunidades y otras nuevas excepciones a la norma de la inmunidad estatal, que son pertinentes al presente estudio.

b.3.1. Transacciones mercantiles

Esta excepción está desarrollada en el artículo 10 de la Convención y está referida a los actos que constituyen transacciones comerciales realizada entre el Estado extranjero y una persona física o jurídica. Respecto a esta excepción, se tiene en cuenta las normas aplicables de Derecho internacional privado, según las cuales corresponde a la jurisdicción de un tribunal del Estado del foro la determinación de controversias. Esta excepción no se aplica si la transacción mercantil se realiza entre Estados; o si las partes en la transacción mercantil han pactado expresamente el establecimiento de otra jurisdicción u un mecanismo alternativo de solución de controversias.

b.3.2. Contratos de trabajo

Esta excepción está desarrollada en el artículo 11 de la Convención y está referida a los contratos de trabajo concertados entre el Estado extranjero y una persona física, nacional o residente habitual del Estado del foro, respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio del Estado del foro. El artículo 11 presenta una lista de casos en los cuales la excepción no se aplica y la inmunidad vuelve a tener vigencia, es decir excepciones a la excepción. Tales excepciones suponen que el trabajador haya sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público o disfruta de inmunidad diplomática, si el objeto del proceso es el nombramiento, renovación de contrato o reposición del trabajador (supuesto estudiado en la presente investigación), o el objeto del proceso sea la destitución o la rescisión del contrato y dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad del Estado extranjero, si las partes en la transacción mercantil han pactado expresamente el establecimiento de otra jurisdicción o si las partes han convenido otra cosa por escrito.

b.3.3. Excepción de agravio territorial

Desarrollada en el artículo 12 con la denominación de “lesiones a las personas y daños a los bienes”, es conocida como *tort exception* en su aplicación por las cortes de los



Estados Unidos y está referida a la responsabilidad civil o extracontractual, producto de un acto u omisión del Estado extranjero, que cause lesiones a una persona o daños o pérdida de bienes corporales. Sobre la base de este concepto sentenció la Corte de Casación de Italia en los procesos que conllevaron al contencioso de Alemania ante la CIJ.

Es denominada excepción de agravio territorial ya que la jurisdicción del Estado del foro está fundamentada en la conexión territorial donde se comentaron los actos. Así, la CDI considero que, al haberse producido el acto o la omisión en el territorio del Estado del foro, la ley aplicable es claramente la *lex loci delicti commissi* y el tribunal más idóneo es el del Estado donde se cometió el delito. La CDI también acudió a consideraciones morales al señalar que un tribunal extranjero podría considerarse un *fórum non conveniens*, y que, de reconocerse la inmunidad, la persona lesionada se vería privada de la posibilidad de acudir a la justicia. (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 48)

No obstante, en la redacción de artículo sobre esta excepción, la CDI identifico de la práctica de los Estados que los daños a los que alude esta la excepción “*parecen estar limitadas principalmente a los riesgos asegurables*”, como son la muerte o lesiones de personas o daños a bienes corporales causados en accidentes de tráfico en los que intervienen vehículos tales como automóviles, motocicletas o embarcaciones de propiedad del Estado extranjero, ya que la CDI tuvo la intención de impedir que una compañía de seguros se escude en la inmunidad del Estado para eludir su responsabilidad para con las personas perjudicadas. (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 48). Fue justamente esta



concepción la que asumió la CIJ en el contencioso de Alemania contra Italia, donde reconoció finalmente el derecho a la inmunidad de Alemania; (Jurisdictional Immunities of The State (Germany v. Italy: Greece Intervening), 2012, considerando 64)

Los daños a los que se hace referencia en esta excepción abarcan únicamente daños en el sentido de daño material, lo que excluye la posibilidad de demandar daños morales tales como la calumnia o el daño a la fama de una persona, así como daños derivados de la injerencia en los derechos contractuales o cualesquiera otros derechos. No obstante, la CDI señaló que el artículo está redactado en términos lo suficientemente amplios para también abarcar daños corporales o materiales que pudieran derivarse de agresiones o lesiones voluntarias como el caso de un incendio criminal o incluso el homicidio o el asesinato político, como sucedió en el caso en el caso “*Letelier v. Chile*” respecto a un asesinato político en territorio estadounidense por agentes del gobierno militar de Pinochet (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 48).

Es importante remarcar que esta excepción no considera la distinción sobre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis*, pues como se aprecia, los daños materiales considerados están sustancialmente referidos a actos de gobierno sobre los cuales el Estado extranjero no goza de inmunidad.



b.4. Otras excepciones aplicadas por tribunales nacionales

En la práctica estatal se verifica la existencia de excepciones a la norma de la inmunidad jurisdiccional estatal que no han sido consideradas en el contenido de la Convención sobre inmunidades estatales, tales como las desarrolladas a continuación.

b.4.1. Excepción por violaciones a normas de derechos humanos y derecho internacional humanitario con status de *ius cogens*

Entre las excepciones no consideradas por las CDI para el contenido de la Convención sobre inmunidades estatales, tal vez la más polémica sea la excepción relativa a la actuación de un Estado en violación de normas internacionales con estatus de *ius cogens*, también conocida como “*eccezione umanitaria*” [excepción humanitaria].

Esta excepción ha sido aplicada principalmente por los tribunales italianos el contexto de demandas civiles presentadas en Italia y Grecia contra Alemania por daños producidos durante la segunda guerra mundial a manos de las fuerzas armadas alemanas, quienes cometieron graves violaciones del derecho internacional humanitario en contra de civiles y miembros de las fuerzas armadas italianas y griegas. Pese a haberse establecidos un régimen de reparaciones, muchas de las víctimas de los daños denunciados no fueron



indemnizadas, por lo cual recurrieron a sus tribunales nacionales, italianos y griegos, que comenzaron a aplicar su jurisdicción y negar la inmunidad a Alemania. Esta excepción tuvo un mayor impacto una vez que los tribunales italianos comenzaron a embargar bienes de Alemania en Italia para la ejecución de las sentencias tanto de las decisiones italianas como las decisiones de los tribunales griegos mediante *exequatur*.

El más representativo de los casos dictados en aplicación de esta excepción es el caso “Ferrini contra la República Federal de Alemania” dictada por del Tribunal de Casación italiano en 2004. En este caso el Tribunal consideró que los actos de Alemania eran crímenes internacionales que constituían violaciones graves de las normas de *jus cogens*, y que en tanto las normas de *jus cogens* gozan de jerarquía normativa superior, estas prevalecen sobre la norma de inmunidad estatal. Esto se lee de la Sentencia dictada:

Il riconoscimento dell’immunità dalla giurisdizione in favore degli Stati che si siano resi responsabili di tali misfatti si pone in palese contrasto con i dati normativi appena ricordati, poiché detto riconoscimento, lungi dal favorire, ostacola la tutela di valori, el cui protezione è da considerare invece, alla stregua di tali norme e principi, essenziale per l’intera Comunità internazionale, tanto da giustificare, nelle ipotesi più gravi, anche forme di reazione obbligatorie. E non può esservi dubbio che l’antinomia debba essere risolta dando prevalenza alle norme di rango più elevato, come puntualizzato nelle opinioni dissidenti espresse dai giudici di minoranza (otto contro nove) allegate alla sentenza Al-Adsani (...): quindi, escludendo che, in ipotesi siffatte, lo Stato possa giovare dell’immunità della



giurisdizione straniera. (Ferrini v. Federal Republic of Germany (Sentenza), 2004, pág. 6)

[El reconocimiento de la inmunidad de la jurisdicción a favor de los Estados que se han hecho responsables de tales crímenes se pone en evidente contraste con los datos normativos recientemente mencionados, porque dicho reconocimiento, lejos de favorecer, obstaculiza la tutela de valores cuya protección es de considerar en cambio, de la misma manera que de tales normas y principios, esencial para toda la comunidad internacional, también para justificar en las hipótesis más graves formas de reacciones obligatorias. Y no puede haber duda de que la antinomia deba ser resuelta dando prevalencia a las normas de rango más elevado, como se puntualiza en las opiniones disidentes expresadas por los jueces en minoría (ocho contra nueve) adjuntas a la sentencia Al-Adsani (...).] por lo tanto, excluyendo que, en tales hipótesis, el Estado puede beneficiarse de la inmunidad de la jurisdicción extranjera.]

Este mismo razonamiento fue aplicado posteriormente en otros casos como en “*Milde contra Alemania*”, en el cual el Tribunal de Casación italiano admitió una demanda contra el Estado alemán presentada por los familiares de las víctimas de civiles, y negó la inmunidad a Alemania para los crímenes internacionales, reiterando el razonamiento del caso Ferrini y estableciendo tal posición como un "punto firme" en su jurisprudencia (McMenamin, 2013, pág. 196) .



Con la concurrencia de estas dos decisiones y otras, Alemania demandó a Italia ante la CIJ. En febrero de 2012, la CIJ emitió su sentencia a favor de Alemania, cuya decisión se basó en un examen hecho a la legalidad de las sentencias y ordenes de ejecución del tribunal italiano, y un examen de la práctica de los Estados en su aplicación de la excepción por *ius cogens*, luego del cual se concluyó en que en el estado actual del derecho internacional no se aprecia que se pueda privar a un Estado de inmunidad por el hecho de que se le acusa de violaciones graves de los derechos humanos internacionales. En consecuencia, Alemania tenía derecho a la inmunidad en tales casos e Italia era responsable en el derecho internacional por no hacer efectivo ese derecho.

La decisión así emitida por la CIJ ha sido criticada por la doctrina especializada, además de haber sido emitida con tres votos en contra que acogieron en gran medida el razonamiento expuesto por los tribunales italianos.

Además, el problema del *ius cogens* ya había sido discutido previamente en el caso “Al-Adsani v Reino Unido” ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde la sentencia fue emitida con un tribunal dividido entre nueve votos contra ocho. según Tomuschat (2012, pág. 1138), una sentencia que enfrenta a los jueces de nueve contra ocho es frecuentemente considerada como evidencia de un proceso gradual de cambio.

Se debe advertir que la CIJ refirió en su sentencia que además de las decisiones de los tribunales italianos y griegos, no existía ninguna práctica estatal que pueda ser considerada



como apoyo de la propuesta según la cual un Estado sería privado de su derecho a la inmunidad en un caso semejante (Jurisdictional Immunities of The State (Germany v. Italy: Greece Intervening), 2012, pág. párrafo 83), no obstante, esta afirmación no se condice con la evidencia de practica estatal en este sentido.

Todavía en 1999, cinco años antes de la aprobación de la Convención sobre inmunidades, la CDI señaló:

[S]e ha registrado recientemente una novedad en la práctica y la legislación de los Estados con respecto al tema de las inmunidades de los Estados desde la aprobación del proyecto de artículos [presentado en 1991], novedad que la CDI considera necesario señalar a la atención de la Sexta Comisión. Se trata del argumento —que cada vez se aduce con más frecuencia— de que debe denegarse la inmunidad en los casos de muerte o lesiones personales causadas por actos del Estado en violación de las normas de derechos humanos que tienen carácter de *jus cogens*. (Vol. II Segunda parte , 1999, pág. 182)

En este informe, la CDI refiere que algunas cortes nacionales se habían mostrado favorables a tal argumento, citando como ejemplo los casos “*Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others*”, “*Controller and Auditor-General v. Sir Ronald Davison*” o el voto discrepante del Magistrado Wald en el caso “*Princz v. Federal Republic of Germany*” (Vol. II Segunda parte , 1999, pág. 182). También se citó la decisión de la Cámara de los Lores en el asunto Pinochet, que según la CDI ha puesto de manifiesto los límites de la inmunidad



con respecto a las violaciones graves de derechos humanos por altos funcionarios del Estado, y aun cuando tal caso no trata sobre inmunidad jurisdiccional del Estado, constituye una evolución reciente en materia de inmunidad que no cabe pasar por alto. (Vol. II Segunda parte , 1999, pág. 182)

Una prueba mas contundente de la inconsistencia en el argumento de la CIJ es la presentada por Pavoni (2012), quien alude a precedentes en los que se aplica la excepción humanitaria, especialmente en la jurisprudencia de los Estados Unidos, donde las demandas contra Estados extranjeros por violaciones de *ius cogens* han sido aceptadas, como se ha verificado en el caso “*Letelier v. Chile*” ante la Corte Distrital de Columbia, se negó la inmunidad de conformidad con la *tort exception* de la FSIA con respecto a un asesinato político llevado a cabo en Washington DC por agentes de inteligencia del gobierno militar de Pinochet, o el caso “*Liu v. China*” de 1989 ante la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, donde se levantó la inmunidad del Estado en relación con el asesinato de un periodista por orden del Director de la Oficina de Inteligencia de Defensa de China. Según Pavoni, estas decisiones nunca han sido refutadas en la jurisprudencia subsiguiente de los tribunales estadounidenses y tampoco fueron objetadas por los Estados a los cuales se les negó la inmunidad. En base a esta consideración, Pavoni afirma que la CIJ ha obviado deliberadamente esta práctica con el fin de emitir un resultado favorable a la aplicación de la inmunidad estatal.



Finke (2011, pág. 866) también cita el caso “*Princz v. Federal Republic of Germany*” de 1992 ante una corte distrital de los Estados Unidos, donde se estableció un “argumento de supremacía” según el cual la inmunidad soberana debe ceder a las violaciones fundamentales de los derechos humanos.

Webb (2016, pág. 746) señala que se debe tener en cuenta la amplia práctica de los tribunales de los Estados Unidos, quienes en virtud del Estatuto de reclamación por agravios contra extranjeros y la Ley de protección de víctimas de tortura, han sostenido que la tortura y otras graves violaciones de los derechos humanos no son actos oficiales con derecho a la inmunidad. Es evidente que una consideración a tal práctica tiene especial relevancia en el derecho internacional, no solo porque la práctica de los Estados Unidos sea una de las más influyentes y numerosas en relación a la norma de la inmunidad, sino porque en un escenario internacional, este país posee en poder factico suficiente para imponer una nueva practica en el derecho internacional.

b.4.2. Excepción por actos de terrorismo

En el informe presentado en 1999 a la Asamblea General, la CDI refirió entre las practicas recientes a la excepción a la inmunidad estatal por actos de terrorismo patrocinados por un Estado. Esta excepción fue incorporada a la FSIA de los Estados



Unidos mediante enmienda hecha en 1996 y dispone que la inmunidad no se aplica en procesos en los que se pida indemnización monetaria contra un Estado extranjero por lesiones personales o muerte causadas por un acto de tortura, ejecución extrajudicial, sabotaje de aeronaves, toma de rehenes, entre otros actos que sean declarados como actos terroristas. Al respecto, la CDI cito dos casos en los cuales esta disposición había sido aplicada: el caso “*Rein v. Socialist Libyan Arab Jamahiriya*” y el caso “*Cicippio and Others v. Islamic Republic of Iran*” (Vol. II Segunda parte , 1999, pág. 182)

Si bien casi la totalidad de la FSIA se apega al derecho internacional general, también se incluye consideraciones de política interna como es su política contra el terrorismo internacional. Reyes (2017, pág. 89) señala que esta disposición fue enmendada posteriormente en 2008, con el fin de permitir demandas contra Estados a los que el Departamento de Estado declare patrocinadores de terrorismo, cuando sus oficiales, empleados o agentes (actuando en el ejercicio de sus funciones) realicen tales actos. De esta forma, son considerados actos de terrorismo la tortura, ejecuciones extrajudiciales, secuestro de aeronaves o toma de rehenes y también el apoyo material o financiación para la comisión de un acto de terrorismo.

Pavoni (2012, pág. 149) señala que una particularidad de esta excepción radica en que la base de la jurisdicción de los tribunales estadounidenses no se limita a la jurisdicción territorial, sino que se fundamenta también en el vínculo por razón de nacionalidad. De esta forma, el hecho ilícito pudo haberse perpetrado en el territorio del Estado extranjero o



en un tercer Estado y aun así la jurisdicción de los tribunales nacionales se aplica si los reclamantes son ciudadanos de los Estados Unidos.

Más recientemente, en septiembre de 2016, se promulgó la denominada *Justice Against Sponsors of Terrorism Act*, que enmienda la FSIA y permite que se demande a otro Estado ante la cortes estadounidenses si se reclama una indemnización por muerte, lesiones o daño a propiedad ocurridos en Estados Unidos como consecuencia de un acto de terrorismo internacional y de un acto ilícito del Estado demandado sin la necesidad de que dicho Estado sea declarado previamente como patrocinador de terrorismo. (S.2040 - Justice Against Sponsors of Terrorism Act, 2015)

Canadá también acogió en su legislación esta excepción, mediante la modificación del 13 de marzo de 2012 a su Ley de Inmunidad Estatal, agregando una nueva sección que contiene la excepción que niega la inmunidad a los Estados extranjeros, declarados como patrocinadores de terrorismo, que sean acusados por actividades terroristas (o su complicidad) llevadas a cabo a partir del 1 de enero de 1985 (Government of Canada, 2012). Pavoni (2012, pág. 150) A señala que a diferencia de la excepción en la legislación de los Estados Unidos, la excepción canadiense es más amplia en la medida que acepta demandas tanto de ciudadanos canadienses y residentes canadienses como de extranjeros, siempre que el acto terrorista tenga alguna base de jurisdicción con Canadá.



Según Pavoni (2012, pág. 149), la excepción por actos de terrorismo presta algún apoyo a la jurisprudencia de los tribunales italianos respecto a la excepción por *ius cogens*, ya que tales tribunales no fueron los únicos en aceptar que la inmunidad puede ser denegada ante graves violaciones de los derechos humanos.

Además, se debe tener en cuenta la necesidad de realizar una interpretación sistemática entre la norma de la inmunidad y otras obligaciones que el Estado del foro acoja, como sucede con las normas de derechos humanos. Por ejemplo, el Comité contra la Tortura presentó sus observaciones finales al Informe de Canadá sobre la aplicación de la Convención contra la Tortura de 1984, donde señaló lo siguiente con respecto a lo dispuesto en el artículo 14 de este instrumento sobre reparación civil para las víctimas de tortura:

El Comité sigue preocupado por la falta de medidas efectivas de reparación (incluida la indemnización) por la vía civil a todas las víctimas de tortura, principalmente debido a las restricciones impuestas en virtud de la Ley de inmunidad del Estado (art. 14). El Estado parte debería garantizar que todas las víctimas de tortura tuviesen una vía de recurso y pudieran obtener reparación, donde sea que hubiesen ocurrido los actos de tortura e independientemente de la nacionalidad del autor o de la víctima. A este respecto debería considerar la posibilidad de enmendar la Ley de inmunidad del Estado de modo que se eliminen los obstáculos que impiden otorgar una reparación a todas las víctimas de tortura. (Comité contra la Tortura, 2012)



Pavoni refiere que con esta observación, se presenta una colisión entre las dos instituciones internacionales con sus respectivas posiciones: por un lado, la CIJ con su firme respaldo a la inmunidad del Estado, independientemente de las violaciones de los derechos humanos en juego, y por otro lado, el Comité contra la Tortura que insta a los Estados partes a que garanticen, si es necesario mediante legislación (como con Canadá), que su práctica sobre la inmunidad del Estado no obstaculice la reparación a las víctimas de tortura (2012, pág. 151).

b.4.3. Excepción por privación de la propiedad

Pavoni (2012, págs. 156, 157) comenta que se ha presentado una tendencia en la jurisprudencia estadounidense donde los tribunales han reafirmado su jurisdicción sobre actos de Estados extranjeros referidos a expropiación y saqueo llevados a cabo por las fuerzas armadas, autoridades o agentes del Estado o con su complicidad, cuando actúan en el desempeño de sus funciones oficiales en situaciones de conflicto armado, incluso cometidos fuera del Estado del foro como es el caso de países que fueron ocupados por las fuerzas nazis durante la Segunda Guerra Mundial, en tanto que estos actos constituyen una violación del derecho internacional.



Esta excepción presenta dos puntos importantes a tener en cuenta: i) se trata de la formación de una nueva excepción que no está necesariamente relacionada con una consideración humanitaria como sucede con las excepciones por *ius cogens* y por actos de terrorismo y ii) que los actos del Estado considerados en esta excepción son incuestionablemente *acta jure imperii*.

Algunos casos resueltos bajo este esquema son el caso “*Republic of Austria v. Altmann*” del 07 de junio de 2004 ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, el caso “*Agudas Chasidei Chabad v. Russian Federation*” de 2008 ante la Corte de apelaciones del Distrito de Columbia, o el caso “*Csepel v. Hungary*” del 2011 ante la misma corte de apelaciones (Pavoni, 2012, pág. 156). La Corte de casación Italiana también acogió esta excepción en el caso “*Federal Republic of Germany v. Autónomos Prefecture of Vojotia*”, donde se señaló que se debe tomar de la experiencia de los EE. UU la lección de que la dicotomía absoluta de *acta jure imperii* y *acta jure gestionis* es una falacia (Pavoni, 2012, pág. 158).

2.1.1.5. Perspectivas en torno al futuro de la inmunidad jurisdiccional de los Estados

Después del desarrollo de la evolución y del estado actual de la norma de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, corresponde arriesgarse a hacer una predicción de



esta norma a futuro a fin de tener una perspectiva a futuro más clara sobre la cual sentar este trabajo, esto sobre la base del análisis de la doctrina y algunas tendencias nuevas sobre esta norma.

Para comenzar, es menester destacar la tendencia de la norma de la inmunidad jurisdiccional estatal de restringirse a sí misma progresivamente, en tanto que, desde su aparición, la inmunidad ha experimentado una evolución siempre encaminada a reducir su alcance. Francioni (2012, pág. 1130) menciona que las actuales restricciones impuestas a la norma de la inmunidad estatal, buscan limitarla con diversos objetivos, entre ellos garantizar el acceso a la justicia a trabajadores, a víctimas de agravios cometidos en el foro, perseguir a autores de actos de terrorismo patrocinados por el Estado e incluso para remediar la privación indebida de propiedad extranjera. Al verificar este viraje a la restricción, Richter (2011, pág. 37) establece que la evolución de la norma de la inmunidad es una de las más notables en el derecho internacional.

No obstante, pese a la tendencia de restricción y las nuevas excepciones en un escenario internacional que evoluciona, los fundamentos de la inmunidad se han mantenido en su esquema clásico, como sucede por ejemplo con el fundamento de la igualdad soberana que permanece conforme a su formulación clásica de la soberanía de Westfalia, lo que se evidencia cuando aún ahora los tribunales continúan citando en sus decisiones principios tales como *par in parem non habet jurisdictionem* que son propias del derecho internacional clásico.



McGregor (2008, pág. 912) identifica dos problemas que surgen cuando se mantiene la concepción tradicional de la inmunidad: i) genera que no se tenga en cuenta el significado contemporáneo y la evolución de los fundamentos o bases de la inmunidad y ii) se construye una idea de que la inmunidad goza de un *status* superior en el derecho internacional que realmente no disfruta. Respecto a este último problema, la inmunidad jurisdiccional no goza de ninguna superioridad normativa y tampoco en un valor en sí mismo, sino que es una norma más en el conjunto de normas de un sistema fragmentado de derecho. En este sentido se manifestaron los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la sentencia de la CIJ en el “*Arrest Warrant Case*” - República Democrática del Congo contra Bélgica (2002, pág. párrafo 71), en cuyas opiniones separadas señalaron que al centrarse exclusivamente en la cuestión de la inmunidad, evitando la cuestión de la jurisdicción, se crea la impresión de que la inmunidad tiene un valor *per se*, mientras que en realidad es una excepción a una regla normativa que de otro modo se aplicaría.

Justamente, la norma de la inmunidad jurisdiccional estatal enfrenta al Estado a una dicotomía de obligaciones, fundamentalmente colocando a esta norma en contraste con obligaciones de protección de derechos humanos y otros derechos individuales, y con mayor frecuencia a la obligación del Estado de otorgar de un recurso efectivo a sus ciudadanos, permitirles acceder a la justicia, en procesos en los un Estado extranjero resulta ser demandado. En casos así presentados, que no son pocos, frecuentemente se ha preferido el reconocimiento de la inmunidad frente al derecho individual. Es evidente que una



decisión así esta adoptada principalmente por decisiones de corte político, ya que en lo que concierne a la inmunidad, lo que está en juego es el interés de un Estado, mientras que la norma individual en contraposición supone únicamente interés de un individuo o un grupo de estos, pero sin igual poder factico para influir en una decisión política. La misma decisión política se evidencia cuando los tribunales nacionales aplican la teoría de la inmunidad absoluta en sus decisiones y fundamentaciones, pese a que la dicotomía *acta iure imperii* – *acta iure gestionis* ha perdido valor.

En mi lectura, el discurso tradicional y formalismo excesivo proyectado sobre la norma de la inmunidad estatal tienen el efecto de detener a la norma en el tiempo, sujetarla a su versión original e impedir que su alcance y sus límites sean parejos con los desarrollos más amplios y vanguardistas del derecho internacional. Gavouneli (2001), citado por McGregor (2008, pág. 913), refiere que la inmunidad es un tema clásico del derecho internacional en la necesidad perenne de ajustarse a las nociones contemporáneas de Estado y el Estado de derecho. De esta forma, se contiene una necesaria evolución de la norma de la inmunidad estatal, separándola del resto de normas de derecho internacional, creando una especie de “régimen autónomo” de la inmunidad con sus propios fundamentos y principios.

No obstante, es posible la superación de la dicotomía de obligaciones y el conflicto subyacente mediante una interpretación de integración sistemática, en la forma como expone Koskenniemi en el informe sobre Fragmentación del derecho internacional (Comisión De Derecho Internacional, 2006, pág. 45). Por ejemplo, Gutiérrez presenta dos



argumentos distintos de integración sistemática entre la norma de la inmunidad y el deber del Estado de proteger los derechos humanos: El primero establece que, pese a la naturaleza pública del comportamiento del Estado, la responsabilidad civil derivada de crímenes o violaciones del derecho internacional puede ser exigida en la medida que el Derecho Internacional contemporáneo exige la represión de conductas viles, por lo que se constituye la obligación del Estado –del foro- de desactivar toda posible inmunidad. El segundo argumento refiere que entre las funciones de un Estado no se considera el cometer crímenes internacionales, a lo que podemos agregar infracciones al derecho interno del Estado del foro, por lo que estas conductas no pueden calificarse de actos *iure imperii* y consecuentemente se podrá denegar la inmunidad de jurisdicción (Gutiérrez Espada, Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, 2016, pág. 26)

De esta forma, es posible encontrar una interpretación contemporánea de la inmunidad que cumpla con las exigencias de protección individual actuales, ello mediante la adopción de nuevas consideraciones de los fundamentos de la inmunidad. Por ejemplo, el fundamento de dignidad del Estado (desarrollado *supra* como fundamento de la inmunidad), ya no se considera comprometido cuando el Estado del foro decide ejercer su jurisdicción, tal como demuestra Grover (2010, pág. 29) al citar al Secretario General del Consejo de Europa, Rosalyn Higgins de la CIJ y Lord Denning de la Cámara de los Lores, como autoridades en Derecho Internacional, quienes respectivamente refirieron lo siguiente:



“The relationship between State immunity and human rights should be reconsidered. (...) international law should not regard it as being contrary to the dignity or sovereign equality of nations to respond to claims against them or their agents.” [La relación entre la inmunidad del Estado y los derechos humanos debería reconsiderarse. (...) el derecho internacional no debería considerar que es contrario a la dignidad o igualdad soberana de las naciones responder a reclamos contra ellos o sus agentes].

“The concept of the dignity of the sovereign has altered. International law no longer regards it as being contrary to the dignity of nations to respond to claims against them.” [El concepto de la dignidad del soberano se ha alterado. El derecho internacional ya no considera que sea contrario a la dignidad de las naciones responder a las demandas en su contra].

“It is more in keeping with the dignity of a foreign sovereign to submit himself to the rule of law than to claim to be above it, and his independence is better ensured by accepting the decision of courts of acknowledged impartiality, than by arbitrary rejecting their jurisdiction.” [Es más acorde con la dignidad de un soberano extranjero someterse al estado de derecho que pretender estar por encima de él, y su independencia se garantiza mejor aceptando la decisión de tribunales de reconocida imparcialidad que mediante el rechazo arbitrario de su jurisdicción.] (Grover, 2010, pág. 29)



También el concepto de la soberanía, como fundamento principal de la inmunidad, se encuentra en un momento de cambio, como se ha expuesto en torno a la doctrina de R2P. Simpson (2004), citado por McGregor (2008, pág. 916), señala que la soberanía ha sido modificada y renegociada incesantemente frente a las fuerzas materiales en la política mundial, la lucha interdisciplinaria para la construcción de instituciones y la contestación teórica. McGregor continua este análisis señalando que, si la inmunidad deriva de la soberanía, ello significa que su concepto debe ser congruente con el alcance actual de la soberanía y en este sentido, por el simple hecho de reafirmar la soberanía, las cortes han fallado en reconocer las restricciones a los límites de la inmunidad causadas por la evolución de la soberanía sobre el tiempo.

Además de las consideraciones a los fundamentos, también la exigencia de proteger determinados valores, como la justicia, influyen sobre la perspectiva que se da a la inmunidad. Barria (1993, pág. 62) cita a Charles Visscher (s/f) quien considera que el problema de las inmunidades reside en el deseo de respetar la soberanía extranjera, sin tener que sacrificar por ello, de un modo demasiado absoluto, los intereses privados dignos de respeto.

Precisamente fueron consideraciones de equidad las que llevo a los tribunales nacionales, empezando por Italia y Bélgica, a diferenciar los actos gubernamentales de los privados (*acta iure imperii- iure gestionis*), porque advirtieron que, en las transacciones comerciales, los Estados estaban abusando de su inmunidad para no responsabilizarse por sus



incumplimientos contractuales. Si una necesidad de equidad en torno a las transacciones comerciales impulsó un primer paso a la restricción de la inmunidad, las necesidades contemporáneas de equidad, como es el acceso a un recurso efectivo y la protección de derechos individuales, también justifican nuevos criterios y restricciones a la norma de inmunidad jurisdiccional de los Estados. Por esta razón, Garnett (1999, pág. 11) resalta que ahora que crece la demanda de protección individual de los derechos humanos, la inmunidad de los Estados extranjeros, en su estado actual, se ha convertido en un anacronismo.

Conviene recordar que la función de la norma de la inmunidad estatal no es la de servir como escudo para que los Estados no respondan por los incumplimientos o agravios que generan sus actos, porque una concepción así fue la que generó la idea de impunidad asociada a la inmunidad. El IDI en su sesión de Napoli de 2009 (Institut de Droit International, 2009, pág. 1) ha señalado que las inmunidades tiene la finalidad de garantizar una asignación ordenada y el ejercicio de la jurisdicción de conformidad con el derecho internacional en los procedimientos relativos a los Estados.

En este sentido, ahora se aprecian esfuerzos por restringir la inmunidad mediante el establecimiento de nuevas excepciones que van más allá de la sola distinción de actos *iure imperii* e *iure gestionis*, tanto mediante decisiones judiciales como en el caso de los tribunales italianos sobre la excepción de normas *ius cogens*, como mediante la expedición



legislativa, verbigracia las enmiendas hechas a la FSIA de los Estados Unidos para que víctimas de tortura u actos terroristas puedan obtener indemnización.

Es importante mencionar que, si bien la excepción por violación de *ius cogens* fue desestimada por la CIJ en el contencioso de Alemania contra Italia (2012), ello no supone la cristalización de la norma la inmunidad ni un impedimento a su desarrollo progresivo. La CIJ, conforme al artículo 38 de su Estatuto, solamente puede decidir conforme al derecho internacional, es decir la *lex lata*. Esta es la razón por la cual la CIJ no acudió a bases que no estuvieran bien implantadas en el derecho internacional, o al menos normas que tengan una amplia práctica generalizada. Mirabbassi (2014, pág. 224) señala que la decisión de la CIJ fue tomada en base del estado actual del derecho internacional porque su función es la resolución de conflictos sobre la base de un análisis positivista del derecho internacional público, y no de promotor de una política judicial progresiva. Así lo afirmó el juez Koroma en su voto concurrente, al señalar que la sentencia emitida en el contencioso de Alemania contra Italia no impide la evolución continua de la ley sobre la inmunidad del Estado, ya que la Corte Internacional de Justicia solo aplicó la ley tal como existe en la actualidad (Separate Opinion of Judge Koroma in Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), 2012, pág. 64).

La procedencia de la jurisdicción en la aplicación de las nuevas excepciones será proporcional al reconocimiento de las mismas en el escenario internacional. Un ejemplo de las nuevas excepciones que se vienen gestando es la excepción humanitaria - de *ius cogens*,



donde aún son pocos los Estados quienes la aplican. Reyes (2017, pág. 91) señala que la creación de una nueva excepción en el derecho internacional requiere mucho más que la aplicación unilateral de un solo país. Por ello, para que una nueva excepción pase a formar parte del derecho internacional, será necesario que i) otros Estados también la apliquen a circunstancias similares y ii) que el Estado que es demandado bajo la aplicación de tal excepción no impugne la denegación de la inmunidad, ya sea mediante la invocación de responsabilidad o mediante una demanda internacional de existir jurisdicción determinada. Solo así, y con una repetitiva práctica, el establecimiento de nuevas excepciones a la inmunidad de jurisdicción supondrá un paso al desarrollo y evolución de la norma y no una infracción al derecho internacional.

En lo que respecta a la Convención sobre inmunidades, se debe comenzar por considerar primero que este instrumento no ha entrado en vigor, y probablemente nunca lo haga, por lo que su contenido no es vinculante como tratado ni siquiera para los Estados que lo han ratificado. En segundo lugar se debe tener en cuenta que existe una fuerte polémica respecto a su observancia como reflejo del derecho consuetudinario en la materia, agregando además que su contenido ha sido calificada de excesivamente conservador y que puede resultar difícilmente aceptable para Estados cuyas jurisdicciones confieren especial relieve a la protección de los derechos fundamentales (Gutiérrez Espada, Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, 2016, pág. 20)



De esta forma, aun no existe un consenso sobre en qué medida la Convención sobre inmunidades alcanza a mostrar toda la práctica generalizada de la norma de la inmunidad estatal, o en qué medida el contenido de la Convención haya sido superado por nuevas consideraciones. Gutiérrez señala que para cuando la Convención sobre inmunidades se abrió a la firma el 17 de enero de 2005, ya estaba presente, tanto en la doctrina como en la práctica internacional, una tendencia que ataca el “absolutismo” de la concepción restrictiva, entendiendo por “absolutismo” al hecho de que se restringe la inmunidad sólo ante actos *iure gestionis* mientras que la inmunidad subsiste (de ahí lo de “absolutismo”) ante actos *iure imperii* (2016, pág. 26). Esta nueva tendencia defiende que cuando un Estado comete violaciones graves al Derecho Internacional, aún mediante actos *iure imperii*, no puede ampararse en la inmunidad de jurisdicción.

Efectivamente, en el estudio realizado a la doctrina especializada y autorizada para fines de este trabajo, se aprecia una posición que se inclina casi en totalidad a la restricción de la inmunidad en la mayor medida de lo posible, avalando el establecimiento de nuevas excepciones y una supresión progresiva de la inmunidad, así como la superación de la dicotomía clásica *iure imperii* – *iure gestionis* como criterio para la restricción de la inmunidad. No obstante, será la posición que asuman los Estados la que finalmente determine la dirección que tome la norma de la inmunidad en el futuro, ello mediante la práctica que apliquen ya sea mediante su legislación, pero principalmente mediante la acción judicial.



De tal forma que, cuando uno se propone evaluar la norma de la inmunidad a futuro, se hace especial énfasis en el rol que juegan los jueces nacionales en el otorgamiento o denegación de la inmunidad estatal. Son los tribunales nacionales son los actores principales en el desarrollo progresivo de la norma de la inmunidad y no así los gobiernos, como anuncia McMenamin (2013, pág. 218), para quien los tribunales, en contraste con los gobiernos, tienen más probabilidades de guiarse por las preocupaciones fundamentales de la justicia. Mirabbassi comenta que en la medida en que los gobiernos decidan aplicar nuevas excepciones a la inmunidad bajo un fundamento de justicia y equidad, cambiara la gobernanza de los Estados, transmitiendo un mensaje que establece que la forma en que se gobierna el mundo contemporáneo es importante y que los valores universales con observancia de la dignidad humana es aún más importante (Mirabbassi, 2014, pág. 225).

De esta forma, si los tribunales nacionales advierten que del otorgamiento de la inmunidad de los Estados en un determinado caso constituye una injusticia, bien podría darse el caso de denegar la inmunidad, como lo han hecho los tribunales italianos respecto a la excepción humanitario, o los tribunales españoles al permitir demandas sobre reposición laboral contra Estados extranjero como se verá más adelante.

De hecho, existe un precedente de consideración de equidad y justicia en la redacción del proyecto de artículos sobre inmunidad por la CDI. En una primera redacción del artículo 21, referido a medidas coercitivas, se consideró que las medidas de ejecución contra un Estado extranjero no podían aplicarse sino solamente sobre bienes que “guarden relación



con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso”. Al respecto, en la CDI (Volumen I, 1990, pág. 68) se entendió que este requerimiento era injusto en tanto que “exigir una conexión con el objeto de la demanda es una condición que nunca podrá reunirse en los casos más corrientes, es decir, las demandas financieras”, razón por la cual el requerimiento fue eliminado.

Finalmente, junto con un cambio en la postura de los tribunales, la evolución de la norma de la inmunidad también requiere una acción por parte de los demás poderes del Estado, en particular del poder ejecutivo. Por ejemplo, en 2006, previo a firmar la Convención sobre inmunidades, México emitió una nota diplomática por medio de la cual pone en conocimiento de la comunidad internacional que no reconoce la inmunidad de jurisdicción en los casos sobre contratos de trabajo, y establece i) que el Estado extranjero demandado está obligado a comparecer ante los tribunales mexicanos, b) que la audiencia inicial y el laudo se notificarán por la vía diplomática, c) se otorgara al Estado demandado el plazo de 60 días naturales entre la notificación y la fecha de contestación del reclamo y d) se señala que la Junta Federal de Conciliación de Arbitraje es la competente para resolver los casos. (Secretaría de Relaciones Exteriores -Dirección General de Protocolo Mexico, 2006)



2.1.1.6. Excepción a la inmunidad por contratos de trabajo

La excepción a la inmunidad jurisdiccional de los Estados por contratos de trabajo está contenida en diferentes instrumentos nacionales, así como en el artículo 5 de la Convención europea sobre inmunidad de los Estados y el artículo 11 de la Convención sobre inmunidades de las Naciones Unidas. Esta excepción supone que la inmunidad jurisdiccional del Estado no podrá ser invocada en procesos que deriven de una relación laboral entre un Estado Extranjero y una persona natural del Estado del foro.

El fundamento de esta excepción reside principalmente en el interés jurídicamente protegido del Estado de ver a sus nacionales respetados en el derecho internacional. Quintana (2006, pág. 90) señala que el derecho internacional reconoce que los Estados tienen el derecho y el deber de proteger los intereses de sus nacionales y sus residentes permanentes, razón por la cual la inmunidad de jurisdicción no se concede de manera absoluta, es aras de proteger a los nacionales en sus relaciones de carácter civil y comercial frente a Estados extranjeros, y con mayor razón cuando los nacionales son trabajadores que reclaman salarios, prestaciones sociales y de seguridad social.

Hazel Fox (1995), citada por Webb (2016, pág. 748), identifica tres modelos en los cuales se presenta la excepción por contratos de trabajo frente a la inmunidad estatal. Según el primer modelo los contratos de trabajo son considerados como transacciones de derecho comercial o privado, es decir que caen dentro de la esfera de la excepción por transacción



comercial. la FSIA de los Estados Unidos y la Ley de Inmunidad del Estado Canadiense presentan este enfoque. En el segundo modelo se identifican las categorías especiales de empleados (por ejemplo, diplomáticos, cónsules, personal administrativo o de servicio) y se establecen regímenes especiales de jurisdicción que regulan sus reclamos. El tercer modelo proporciona una excepción especial para los contratos de trabajo independiente de la excepción por transacciones comerciales, que es el modelo predominante en los instrumentos sobre inmunidad estatal, como por ejemplo la Convención Europea de 1972, y la SIA de Reino Unido.

En el caso del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades, se ha acogido el último enfoque propuesto. La estructura de este artículo presenta dos partes: en el primer párrafo se describe la excepción a la inmunidad estableciendo que está referida a los contratos de trabajo concertados entre el Estado extranjero y una persona física nacional o residente habitual del Estado del foro para la realización de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio del Estado del foro.

El segundo párrafo establece excepciones al párrafo primero, es decir las excepciones a la excepción por contratos de trabajo en las cuales la inmunidad se mantiene por la naturaleza, la pertinencia o los efectos que pueda tener el acto de que se trate o el proceso judicial que se genere. Entre tales excepciones se encuentra la contenida en el apartado c del párrafo 2 del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades (único instrumento que contiene esta



disposición) que refiere que la inmunidad se aplica cuando el objeto de un proceso judicial contra un Estado extranjero es la reposición laboral.

A continuación, se hace un desarrollo extenso de la excepción por contratos de trabajo, especialmente desde la óptica empleada por la CDI en la redacción del proyecto de artículos contenidos ahora en la Convención sobre inmunidades. No obstante, también se consideran enfoques que no han sido considerados por la CDI, lo que evidencia la ausencia de uniformidad de enfoque en la excepción por contratos de trabajo como una excepción a la inmunidad estatal, así como complejidad en su tratamiento, diversidad en su aplicación en las cortes nacionales y divergencia en la teoría, como señala Webb (2016, pág. 751).

a. Elementos de los contratos de trabajo como excepción a la norma de inmunidad

Cuando en 1983 la CDI se ocupó por primera vez de la excepción referida a los contratos de trabajo en el quinto informe preparado por el relator especial, empezó el análisis identificando el alcance de la aplicación de esta excepción. Para ello identifico 3 elementos que componen los contratos de trabajo: i) el empleo que da un Estado, ii) los servicios que han de rendir los empleados y iii) la posibilidad o justiciabilidad de un



procedimiento incoado ante los tribunales nacionales del Estado del foro. (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 34)

a.1. El empleo que da un Estado

El primer elemento está referido al objeto del contrato de trabajo, es decir la realización de un trabajo o servicio por parte de un individuo (en adelante el empleado) para un Estado extranjero que se ha de realizar en todo o en parte en el territorio del Estado del foro.

A diferencia de la excepción por transacciones comerciales, la esfera referida a los contratos de trabajo es relativamente nueva, en tanto que en años anteriores la presencia de un Estado en el territorio de otro Estado se circunscribía tan solo a la representación diplomática en la cual fundamentalmente solo se desempeñaban funcionarios nacionales del Estado extranjero. Debido a la diversificación de las actividades del Estado, mediante misiones como bases de investigación científica, bases militares, oficinas de cooperación internacional, oficinas de promoción comercial, misiones permanentes ante las organizaciones internacionales entre otras, es que se verifica una mayor presencia de Estados extranjeros en el territorio de otro Estado, con la consecutiva contratación de personal local. Así, la gran mayoría de misiones diplomáticas son dirigidas por funcionarios enviados por el Estado extranjero, pero para el funcionamiento de la misión



en el plano técnico y administrativo se suele requiere nacionales o residentes permanentes del Estado receptor que entran en una relación laboral con el Estado que envía.

a.2. Los servicios que han de rendir los empleados

El segundo elemento está referido a los servicios que han de rendir los empleados, entendidos como una persona natural que debe ser un nacional o residente habitual del Estado del foro. A este respecto, es importante establecer que en las misiones diplomáticas existen dos categorías de empleados sobre los cuales la relación laboral mantenida es distinta: i) el personal diplomático -llamados también agentes diplomáticos y ii) el personal sin categoría diplomática.

Respecto a la primera categoría, la relación laboral sostenida con el personal diplomático está regida por el derecho administrativo del Estado extranjero que los acredita, por lo que la excepción sobre contratos de trabajo no aplica conforme se establece en el apartado b del párrafo 2 del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades. Esta excepción solo considera a la segunda categoría mencionada, es decir el personal sin categoría diplomática, cuya relación laboral estará regida por la legislación laboral del Estado del foro.

Ahora bien, los empleados sin categoría diplomática realizan fundamentalmente tres tipos de funciones: i) administrativas (por ejemplo, una secretaria o recepcionista), ii) técnicas (por ejemplo, un médico o abogado) y iii) de servicio (como por ejemplo un jardinero,



vigilante o cocinero de la embajada). Las funciones que el empleado realiza son pertinentes para la cuestión de la inmunidad en tanto que la excepción por contratos de trabajo no aplica si el trabajo supone desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público conforme se establece en el apartado “a” del párrafo 2 del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades, pues como señala Garnett (1997) citado por Webb (2016, pág. 748), tales funciones están más cerca de las funciones soberanas del Estado.

En este sentido, el enunciado “funciones especiales en el ejercicio de poder público” hace referencia aquellas funciones relacionadas con las actividades soberanas o gubernamentales, ya que se entiende que cuando las funciones tienen elementos gubernamentales se aplica a la relación laboral el derecho administrativo del Estado extranjero (Volumen I, 1983, pág. 75). Este punto es pertinente para evaluar la procedencia de demandas laborales, ya que según la universidad de Yale (2015, pág. 4), en algunos países existe la tendencia de evaluar previamente el papel y las funciones del empleado.

No obstante, el problema radica en la determinación de cuáles son las funciones que caen dentro de la definición de “gubernamental” o “en el ejercicio de poder público”. La misma carencia de un criterio único para catalogar los actos del Estado en la dicotomía de *iure imperii* - *iure gestionis* existe en la determinación de las funciones que realizan los empleados de un Estado extranjero en la dicotomía: funciones gubernamentales – funciones no gubernamentales.



Para solucionar este problema, los tribunales nacionales han recurrido a la aplicación de determinados criterios, que lógicamente difieren de una corte a otra y hace difícil extraer una prueba común. No obstante, tales criterios han permitido identificar, sobre una base de caso por caso, si una determinada actividad está o no relacionada con el ejercicio de poder público. Center for Global Legal Challenges de la universidad de Yale (2015) ha recogido algunos de los diferentes criterios aplicados en este contexto en su informe elaborado en el año 2015. De este informe, se evidencia, entre otras cuestiones, las contradicciones existentes de un criterio a otro, razón por la cual convendría que los tribunales nacionales opten por el criterio que más amplie la posibilidad de catalogar a la función en cuestión como un acto no gubernamental y proveer al empleado demandante de acceso a la jurisdicción local.

Veamos por ejemplo el caso de Italia, que aplica el test: ¿el empleado realizó deberes auxiliares sin relación con las funciones soberanas del Estado extranjero?, según este test, la inmunidad no se aplica si las funciones están referidas a "tareas auxiliares" y que además no estén relacionadas con las funciones soberanas del Estado extranjero. Así, suponen funciones auxiliares la de chofer o interprete de una embajada, mientras que son funciones gubernamentales las de una oficinista o telefonista de consulado ya que existe un elemento de confianza y pertenecen a la organización pública. Esta posición es contraria a la sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Cudak v. Lithuania" citado por Webb (2016, pág. 751), donde se consideró que un telefonista no desempeñaba ninguna función gubernamental.



Finlandia emplea el test: ¿Los deberes del empleado estaban destinados a cumplir con los deberes oficiales de la misión?, es decir que, si la función supone servir a las obligaciones oficiales de la misión, nos encontramos frente a un cargo gubernamental. En este sentido se ha considerado que el cargo de chofer o traductor de embajada son funciones gubernamentales (en contraposición a Italia y Portugal), en tanto que sus deberes están destinados a cumplir las funciones oficiales del personal diplomático.

El test aplicado por Francia es: ¿tenía el empleado responsabilidad especial por la realización de las actividades de servicio público? según este test, un vigilante de embajada no supone responsabilidad especial. Pero la misma función obtiene un resultado distinto bajo el test aplicado por de Noruega: ¿el empleado contratado lleva a cabo funciones con un elemento de ejercicio de la autoridad gubernamental?, test según el cual el cargo de agente de seguridad de una embajada es una función que supone un elemento en el ejercicio de la autoridad gubernamental.

Alemania aplica el siguiente test: ¿el empleador realiza tareas relacionadas con la esfera central de la actividad soberana? Según las cortes alemanas, la inmunidad se aplica solo si las funciones están relacionadas con el ejercicio gubernamental y además si supone un puesto de dirección. Por ejemplo, el cargo de asistente financiero será considerado un cargo gubernamental si el cargo es del “primer asistente financiero” que elabore instrucciones que el personal del consulado no pueda ignorar. Este test es confrontado por decisiones como las citadas por Webb (2016, pág. 751) en el caso “Zveiter v. Brazilian National



Superintendency of Merchant Marine” donde una corte de los Estados Unidos admitió en 1993 una demanda de parte de la secretaria principal de la Superintendencia Nacional de la Marina Mercante de Brasil, un cargo que fue catalogado como "altamente soberano", y el caso ante el Tribunal Supremo de Austria en el que se permitió al ex Jefe de la Sección de Visas del Consulado de Francia, cargo que supone un alto puesto de dirección, demandar por incumplimiento de contrato.

Portugal aplica un test muy simple: ¿el empleado realizó funciones subordinadas?, este criterio considera que las funciones gubernamentales son por naturaleza representativas, mientras que las funciones subordinadas están referidas a funciones que cualquier individuo privado puede realizar como son las funciones de asistente de catering, conductor o limpieza de la embajada (el informe no presenta casos que hayan supuesto funciones gubernamentales).

Los test aplicados por los Países Bajos y Bélgica parecen ser los que dan más amplitud para que las funciones de los empleados no sean consideradas como actos que supongan prerrogativas de poder público. En Países Bajos se aplica el test: ¿el empleado ha realizado deberes diplomáticos o ha ejecutado un rol esencial para la misión diplomática? De acuerdo con esto, cualquier empleado sin categoría diplomática puede presentar demandas laborales contra un Estado extranjero, sin tener que considerar la naturaleza de sus los deberes, porque según el razonamiento del Tribunal sub-distrital de La Haya, una demanda realizada por un empleado que no tiene *status* diplomático es un acto que el demandado desempeñó



en pie de igualdad con una persona física o jurídica de derecho privado. Por su parte Bélgica aplica el test: ¿el empleado llevó a cabo o participó en misiones que provienen de la autoridad gubernamental, incluidas las misiones diplomáticas o consulares? Es decir que la inmunidad solo aplica si la posición del empleado incluye una función pública o atributos del poder público. El informe de la universidad de Yale (2015) señala que todos los casos expuestos han sido considerados dentro de funciones realizadas que no suponen funciones gubernamentales.

En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha aplicado en los casos “Cudak v. Lithuania” de 2010, “Wallishauser v. Austria” y “Sabeh El Leil v. France” de 2012 el test: ¿Desempeñó el empleado funciones relacionadas objetivamente con los intereses soberanos del Estado extranjero? criterio que también proporciona un margen amplio para la aplicación de la jurisdicción del Estado del foro (Center for Global Legal Challenges Yale Law School Yale University, 2015, pág. 19).

Por otra parte, Center for Global Legal Challenges (2015, pág. 3) también refiere que algunos países tales como el Reino Unido, Australia, Singapur, Israel y Japón, se centran en la nacionalidad del empleado y el Estado de residencia más que en la naturaleza de sus funciones, con la finalidad de permitir que muchos funcionarios gubernamentales de bajo nivel presenten reclamos contra Estados extranjeros en el Estado del foro, considerando que los Estados extranjeros reclutan solo a sus propios nacionales para desempeñar puestos de alto nivel y es más probable que contraten personal local para puestos de bajo nivel.



En conclusión, es claro que los criterios aplicados para la determinación de la naturaleza de las funciones no son uniformes, sino más bien los mismos se encuentran fragmentados, consecuentemente es evidente que existe un apartamiento de la disposición contenida en el aparatado “a” del párrafo 2 del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades, fenómeno de evolución a la restricción que se encuentra presente en todos los aspectos la inmunidad. Sobre la determinación de las funciones como relacionadas con el ejercicio de poder público, Gutiérrez (2016, pág. 15) señala: “el alcance del aparatado “a” se fue restringiendo desde su incorporación al Proyecto de artículos de la CDI en 1989, ya que la primera lectura el texto consideraba las “funciones en el ejercicio del poder público”, posteriormente en 1991 se hace referencia a “funciones estrechamente ligadas al ejercicio del poder público”, y la fórmula finalmente adoptada en la Convención es “contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público”.

a.3. La posibilidad o justiciabilidad de un procedimiento incoado ante los tribunales nacionales del Estado del foro

Este es el tercer elemento de los contratos de trabajo identificado por la CDI, y es la razón de ser de la excepción por contratos de empleo, ya que según la CDI (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 35) abarca la posibilidad de demandar por las obligaciones aceptadas y no cumplidas por el Estado extranjero, derivadas de los contratos de empleo.



Del estudio realizado a la doctrina especializada, se puede apreciar que existe la tendencia en la práctica de los tribunales de permitir los reclamos de los empleados contra Estados extranjeros, es decir una inclinación contundente hacia la teoría restringida de la inmunidad. Así, Center for Global Legal Challenges (2015, pág. 2), en su estudio realizado sobre 27 países y 2 tribunales internacionales, concluyó en que solo Rumania aplica aun una teoría absoluta de inmunidad con respecto a las disputas laborales.

Conforme la teoría de la inmunidad restringida se expandió, también se expandió la excepción por contratos de trabajo. Por ejemplo, como se mencionó, Argentina mantuvo como posición oficial la teoría absoluta de la inmunidad hasta 1994 cuando la Corte Suprema de la Nación sentenció en el caso “Juan José Manauta” (1994) adoptando de forma definitiva la teoría de la inmunidad restringida. El caso estuvo referido a la demanda incoada por trabajadores de la Oficina de Prensa de la Embajada de la URSS sobre el pago de una indemnización por daños y perjuicios derivada del incumplimiento del pago de aportes previsionales, sindicales y asignaciones familiares. En este caso, la Corte concluyó que debía aplicarse la jurisdicción argentina puesto que *“la controversia traída a conocimiento de este Tribunal se refiere al cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales, que en modo alguno puede afectar el normal desenvolvimiento de una representación diplomática”* (considerando 12). All (2006, pág. 10) señala que el cambio de una teoría absoluta a una relativa en la jurisdicción argentina se basó principalmente en cuatro argumentos: a) la distinción entre actos de imperio y de gestión, b) el cambio en los usos y costumbres internacionales, c) la situación de desamparo que se da en este tipo de



reclamos respecto de quienes accionan por el reconocimiento de sus derechos y d) el tratamiento otorgado a la Argentina por otros Estados, aun en casos en que el carácter de “acto de gestión” era muy dudoso y estaba, por tanto, controvertido.

La posición así asumida por los tribunales argentinos motivo a que en 1995 Argentina promulgara la Ley 24.488 denominada "Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos", bajo la cual las demandas laborales son procedentes.

También se aprecia una tendencia en los tribunales nacionales de los Estados de admitir demandas laborales denegando la inmunidad cuando existe de por medio algún derecho individual protegido por una convención internacional. En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos “*Cudak v. Lituania*”, “*Sabeh El Leil v. France*” y “*Wallishauer v. Austria*”, ha establecido sobre la base del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que la inmunidad del empleador estatal extranjero es una restricción indebida al derecho de acceso a los tribunales (Webb, 2016, pág. 751).

En el caso de la disposición del apartado c) del párrafo 2 del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades, que refiere la aplicación de inmunidad cuando el objeto del proceso sea la reposición, Oliva Izquierdo (2016, pág. 200) señala que en él se confirma el principio de inmunidad en el ejercicio del poder discrecional sobre el despido, nombramiento o no nombramiento de una persona. No obstante, dado que la inmunidad no supone la exención



del derecho sustantivo, la determinación del derecho vulnerado resultante de la negativa de contratación, la renovación del contrato de trabajo o la readmisión de una persona es pasible de ser demandado en los tribunales de que se disponga según la aplicación de la inmunidad, así también, este apartado no impide que un empleado ejercite una acción contra el Estado empleador en el Estado del foro en demanda de indemnización por daños o perjuicios (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 47).

b. Cuestiones sobre la excepción de contratos de empleo

Al ocuparse de la excepción por contratos de empleo, la CDI identificó tres cuestiones relevantes para evaluar el alcance que debería tener esta excepción: i) la cuestión de la jurisdicción, ii) la cuestión del derecho aplicable y iii) la cuestión de la inmunidad de los Estados. (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 35)

b.1. La cuestión de la jurisdicción

En todo caso en el que exista inmunidad de jurisdicción se presupone necesariamente la existencia de una jurisdicción valida competente de la cual eximirse. En el caso de un contrato de trabajo, la jurisdicción deberá evaluarse tanto a nivel externo,



considerando las bases de jurisdicción que define el derecho internacional privado y los requerimientos de la norma para la inmunidad de los Estados conforme al derecho internacional público, y a nivel interno tomando en cuenta la determinación de la jurisdicción por las normas de competencia del Estado del foro. El presente trabajo únicamente abarca en nivel externo. Solamente después de que el tribunal competente del Estado del foro haya determinado que tiene jurisdicción considerando el nivel externo e interno, procederá a aplicar su propio derecho sustantivo respecto a disputas y relaciones laborales.

Cuando el derecho internacional reconoce la jurisdicción del Estado del foro en los procesos derivados de contratos de trabajo contra Estados extranjeros, lo hace fundamentalmente en base a la “la conexión territorial inmediata entre los servicios realizados y el Estado del foro, como lo estableció la CDI (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 45), de tal forma que mientras la ejecución de los servicios sea realizada dentro del territorio del Estado del foro, la jurisdicción le corresponderá a este.

Una segunda base de jurisdicción será la nacionalidad o residencia habitual del trabajador en el Estado del foro, ya que conviene al interés de este Estado proteger a su fuerza de trabajo local y prevenir situaciones laborales que puedan desestabilizar su orden social, como por ejemplo la informalidad laboral o la inobservancia a normas de seguridad en el empleo.



Así, la inmunidad jurisdiccional supone dos ordenamientos jurídicos que entran en conflicto respecto de la aplicación de sus leyes respectivas (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 45). Es aquí donde se define la pertinencia de los principios que definen la competencia en el derecho internacional privado. El Convenio de Bruselas establece que, en cuestiones relacionadas con un contrato, la demanda puede ser incoada en los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación en cuestión y más concretamente sobre la jurisdicción correspondiente a los contratos de trabajo señala:

[A]quel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá también demandarse al empresario ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador.

Así, a la luz del derecho internacional privado, para casos de contratos de trabajo entre un nacional del Estado del foro y un Estado extranjero para laborales a realizarse en el Estado del foro, serán los tribunales de este ultimo los competentes en tanto que es tal jurisdicción donde las labores fueron realizadas y se encuentra el establecimiento que ha contratado al trabajador.

También se toma en consideración la conveniencia de un tribunal para el proceso, es decir un principio de *fórum conveniens*. Sobre esta base, la CDI manifestó que en supuestos que involucren contratos de trabajo entre un nacional y un Estado extranjero, los trabajadores locales no tendrían una forma realista de presentar una demanda de no ser ante un tribunal



del Estado del foro (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 45). Bajo esta perspectiva, los tribunales nacionales han aceptado (después de ingresar en la teoría restrictiva de la inmunidad) las demandas contra Estados extranjeros cuando de procesos laborales se trata y, según Webb (2016, pág. 752), más aun cuando existe una conexión territorial entre los servicios prestados y el Estado del foro, como que el reclamante sea un residente nacional o residente permanente, al punto incluso de admitir reclamos referidos a despidos injustos (que a la luz de la Convención sobre inmunidades no es permitido como veremos más adelante).

En este sentido se han redactado diferentes los instrumentos referidos a la inmunidad, los que establecen que la inmunidad no será otorgada en casos que involucren contratos de trabajo, otorgando jurisdicción al Estado del foro. Ejemplo de ello son los apartados a y b del párrafo 2 del artículo 5 de la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados en los que se establece la base de nacionalidad o residencia habitual del empleado. La SIA del Reino Unido dispone en el apartado 4 de la primera parte una disposición en los mismos términos enunciados en la Convención Europea. Los mismo ocurre en el apartado d) del artículo 2 de la ley argentina que dispone que los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción *“Cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional”*.



Tal es también la postura asumida por el IDI en la emisión de la Resolución emitida en la sesión de Basilea (Institut de Droit International, 1991), en cuyo apartado c) del párrafo 2 del artículo 2 establece que, para la determinación de la jurisdicción, se tomara como criterio indicativo la competencia de los órganos pertinentes del Estado del foro para determinar el fondo de la reclamación incluso ante una reclamación de inmunidad jurisdiccional por el Estado extranjero. El IDI manifestó en este sentido que serán los órganos del Estado del foro los competentes respecto de los procedimientos relativos a los contratos de empleo y los contratos por servicios profesionales en los que un Estado extranjero (o su agente) sea parte.

En el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades, se ha establecido la jurisdicción de los jueces nacionales sobre disputas laborales de forma parcial, en tanto se han establecido algunas limitaciones con el establecimiento de las excepciones a la excepción por contratos de trabajo contenidas en el segundo párrafo del artículo 11, aun cuando muchos representantes en la CDI consideraron que los tribunales nacionales eran el único foro apropiado para ofrecer recursos eficaces a ciertas categorías de empleados de un Estado extranjero (Vol. II Segunda parte , 1990, pág. 36).

Esto se debe a que cuando la CDI se centró en el tema de los contratos de trabajo, estableció que la determinación de la jurisdicción tenía que tener en cuenta los intereses contrapuestos de los Estados en cuestión: el interés del Estado extranjero empleador en regular las relaciones laborales (el cual es mayor cuando se trata de funciones gubernamentales que



importen prerrogativas de poder público) y el interés del Estado del foro en aplicar su legislación laboral y proteger a los trabajadores dentro de su jurisdicción (cuyo interés es mayor si se trata de personal de contratación local) (Volumen I, 1983, pág. 69). Según Quintana y Guzmán (2006, pág. 77) esta contraposición de intereses es natural, ya que existe el interés del Estado que envía de asegurar que el funcionamiento de su representación y no sea entorpecido por disputas laborales ante los tribunales locales, y el interés del Estado del foro de garantizar que los derechos laborales de sus ciudadanos no sean vulnerados por Estados que ingresan a su territorio.

En consecuencia, la CDI tuvo que aplicar un método ecléctico y conciliador, como ya antes se ha desarrollado, en su tarea de conciliar los intereses contrapuestos de los dos Estados. Para ello, se propuso identificar los puntos que conformaban tales intereses contrapuestos, y buscar la fórmula conciliatoria.

Con respecto al interés del Estado del foro, la CDI concluyó que éste “*parece tener jurisdicción exclusiva (...) en cuestiones de política interna relativas a la protección que se ha de conceder a su mano de obra local*” y sobre esta base, la CDI considero situaciones que engloban “*seguro de enfermedad, seguro contra determinados riesgos, salario mínimo, derecho al descanso y al esparcimiento, vacaciones pagadas, compensación que se ha de pagar al poner fin al contrato de trabajo, etc.,*” (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 45). En este sentido, se reconoce que tales situaciones conciernen necesariamente al



Estado del foro, ya que está dentro de sus funciones la protección de su orden social y la protección individualizada de sus ciudadanos.

Considerando así el interés del Estado del foro y en la procura de “mantener el equilibrio adecuado” (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 45), la CDI ha establecido que en relación a la excepción por contratos de trabajo, el interés del Estado del foro sería garantizado con el establecimiento de la “regla de no inmunidad”, que constituye la excepción por contratos de trabajo, y que ha sido establecida en el primer párrafo del artículo 11. Según la “regla de no inmunidad”, el Estado del foro tendrá jurisdicción en los procesos relativos a un contrato de trabajo entre el Estado extranjero y una persona natural nacional o residente habitual, y que haya ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en su territorio.

Respecto al interés del Estado extranjero empleador, la CDI señaló que *“tiene interés en que se aplique su derecho con respecto a la selección, contratación y nombramiento de un empleado por el Estado o por uno de sus órganos, organismos o instituciones que actúan en ejercicio del poder público”*, así como el interés de ejercer supervisión disciplinaria sobre sus empleados, por lo que también su interés supone *“asegurar el cumplimiento de sus normas internas y la prerrogativa de nombramiento o destitución resultante de decisiones unilaterales tomadas por el Estado”* (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 45).

Identificado así el interés del Estado extranjero empleador, este sería garantizado con el establecimiento de un segundo párrafo en el artículo 11, el cual está referido a los supuestos



en los cuales la “regla de la no inmunidad” no se aplica, es decir donde la norma de la inmunidad estatal se mantiene. Entre tales supuestos, es objeto del presente trabajo el establecido en el apartado c) del segundo párrafo del artículo 11 que reza: “*si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de una persona natural*”. De esta forma, bajo los alcances de la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades, el Estado del foro no tiene jurisdicción para resolver casos laborales que supongan una pretensión de reposición laboral.

La determinación así de la falta de competencia del Estado del foro ante procesos sobre reposición laboral es cuestionable, en tanto que como señala O’Keefe y Tams (2013, pág. 192), esta disposición no tienen precedente en la Convención Europea sobre inmunidad de los Estados, que fue la principal base para la redacción del artículo 11, y establece la vigencia de la inmunidad del Estado empleador si el procedimiento se relaciona con la falta de empleo de un individuo o el despido de un empleado.

Ahora bien, la determinación de la jurisdicción también puede ser fijada libremente por las partes en el contrato laboral. Si se fijara como competente el tribunal del Estado donde se realizaron los servicios, es decir el Estado del foro, se entenderá que el Estado extranjero ha renunciado a su inmunidad mediante el contrato escrito en tanto que ha dado su consentimiento expreso al ejercicio de jurisdicción de un determinado tribunal, y se cumpliría con el supuesto de renuncia a la inmunidad comprendido en el apartado b) del primer párrafo del artículo 8 de la convención sobre inmunidades. Si en caso que las partes



fijaran como jurisdicción acordada la del Estado extranjero, lo cual está contemplado en el apartado f) del segundo párrafo del artículo 11, esta será la jurisdicción competente excepto si por motivos de orden público, los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso. Según Herz (2005, pág. 20), este apartado de la Convención debería limitarse a supuestos en que sea más favorable al empleado, ya que de lo contrario el Estado extranjero empleador podría obligar al trabajador a pactar jurisdicción en sus tribunales nacionales, lo que iría en desmedro del trabajador que, en la generalidad de los casos, carece de poder negociador

Conviene en este punto recordar que la Convención sobre inmunidades no es una norma vinculante, ni siquiera para los Estados que se han hecho parte de ella, en tanto que aún no se encuentra en vigor. No obstante, la consideración –aun en debate- de su contenido como reflejo del derecho internacional consuetudinario en la materia, ha llevado a que los tribunales nacionales no den procedencia a las demandas laborales que tengan por pretensión la reposición del empleado despedido.

Así, el otorgamiento de la inmunidad al Estado extranjero frente a demanda que versan sobre reposición laboral ha sido cuestionando, tanto en la misma CDI como por la doctrina. Herz (2005, pág. 10) comenta que este hecho no deja de ser preocupante, ya que el contrato de trabajo es un contrato con parte débil, carente del mismo poder de negociación que el Estado empleador; por ello parecería deseable que se otorguen mayores garantías o ventajas al trabajador.



b.2. Cuestión del derecho aplicable

La cuestión del derecho aplicable es significativa en relación con el presente estudio, toda vez que permite identificar cuáles son las bases legales sobre las cuales se celebró el contrato laboral de trabajo y, como corolario de ello, cuáles son las obligaciones contractuales y legales generadas para el empleador como para el empleado considerando que la inmunidad de jurisdicción estatal no exime del cumplimiento de obligaciones al Estado extranjero.

La cuestión del derecho aplicable está referida a la dimensión sustancial de la relación laboral. No obstante, esta cuestión tiene relevancia procesal en tanto permite la determinación de la jurisdicción que corresponda en atención a las normas internas del Estado del foro y las normas de derecho internacional privado. En el caso de la excepción por contratos de trabajo, el derecho a aplicar esta referido a una rama especializada del derecho sustantivo, por lo general la rama del derecho laboral privado, cuyo contenido es variable de un Estado a otro.

El hecho de que el derecho laboral, que sea aplicable a la relación laboral en cuestión, sea particular de un Estado a otro, hace perentoria la necesidad de que sea competente el juez o tribunal conozca y pertenezca tal derecho, lo que además supone el establecimiento de la jurisdicción en el juez o tribunal más conveniente y adecuado. La CDI señaló que en *“el derecho internacional privado, así como en esa frontera donde éste coexiste con el derecho*



internacional público, la selección del derecho aplicable es a menudo indicativa, si no determinativa, de la preferencia de jurisdicción entre las autoridades competentes que compiten o concurren". (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 35)

La CDI ha prestado especial atención a este punto, y ha expresado que los tribunales tienden a evaluar cuan conveniente es que su jurisdicción juzgue un determinado proceso considerando el alcance de su especialidad en torno a un tema. Si por ejemplo en un caso se discute la jurisdicción sobre labores realizadas por un funcionario del Estado extranjero bajo normas administrativas de ese Estado, los tribunales del Estado del foro se considerarán menos apropiados para resolver el caso, debido a la relación especial o a la índole especial del derecho administrativo extranjero.

En este punto la CDI presenta un ejemplo ilustrativo: en el caso de los reglamentos referentes al personal de la Secretaría de las Naciones Unidas y sus organismos especializados, se considerará que el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas es el foro escogido para controversias relativas a asuntos administrativos, pensiones, ascensos, vacaciones, etc., que afectan a los miembros del personal de la Secretaría de las Naciones Unidas, justamente por la especialidad de la norma aplicable. Evidentemente, si de establecer una jurisdicción preferida y conveniente se trata, el tribunal administrativo de Naciones Unidas será elegido por sobre otros tribunales que son competentes ya sea por razones locales, territoriales, legales o laborales. (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 35)



El mismo razonamiento se aplica en los casos donde el derecho aplicable será el derecho administrativo laboral referido a funcionarios o empleados del gobierno que laboran bajo regímenes laborales especiales, o que sustentan cargos gubernamentales, como cargos de confianza, etc. En estos casos, un tribunal instruido en ese derecho administrativo será el único que podría considerarse conveniente para la determinación y aplicación de derecho. Esto se aplica a los casos de funcionarios contratados por el Estado extranjero y que ocupan cargos gubernamentales o gozan de inmunidad diplomática, y que por consiguiente se encuentran dentro del régimen administrativo del Estado extranjero, donde los tribunales laborales o administrativos del Estado Extranjero serán los únicos competentes. Esta es la razón del establecimiento de las disposiciones de los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades.

Esta posición es acogida en el Convenio de Roma sobre derecho internacional privado, cuyo segundo párrafo del artículo 6, referido a los contratos individuales de trabajo, establece que a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá:

a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal esté empleado en otro país, o

b) si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo



tenga lazos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país.

De esta forma, la determinación del derecho aplicable es pertinente para el establecimiento de la jurisdicción, principalmente por que atiende a consideraciones de conveniencia del foro –*fórum conveniens*-, pues como menciona la CDI “*los tribunales (...), por competentes que sean para ocuparse del fondo de tales controversias, serían posiblemente menos versados en el derecho laboral aplicable*”. (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 35)

Esta es la razón por la cual cuando el trabajador es un nacional o residente habitual del Estado del foro, cuyo contrato laboral se rige por el derecho laboral del Estado del foro, “*el tribunal territorial no vacilaría en ejercer su jurisdicción competente, teniendo una certidumbre más positiva de la aplicación de su propio derecho sustantivo relativo a la operación de contratos de empleo, condiciones de trabajo y de compensación, etc.*”, como fue reconocido por la CDI al estudiar la excepción por contratos de empleo. (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 36)

La CDI concluyó en que cuando se juzga sobre materia laboral, el tribunal competente es aquel que tiene alcance y dominio del derecho especial que rige las relaciones laborales, en tanto que un juez no instruido en tal derecho, como es el caso de un juez extranjero, no es conveniente para la verificación de un proceso sobre un régimen laboral ajeno al suyo, y mucho menos cuando la resolución de dicha cuestión no supone un interés para la



comunidad del Estado extranjero (Volumen I, 1983, pág. 69). La CDI concluyó que lo más conveniente, al menos en el caso de personal de contratación local, es la aplicación de la *lex fori*.

En este punto conviene hacer una corta apreciación sobre la forma en la que se trata la pertinencia del derecho aplicable sobre el establecimiento de la jurisdicción en el sistema del *common law* y del *civil law*. En los tribunales del *common law*, existe la posibilidad de que un tribunal discrecionalmente decida no hacerse cargo de un caso en tanto se considere como no conveniente, supuesto ante el cual podría decidir transferir su competencia a otro tribunal que reúna determinadas características de conveniencia. Esta es la doctrina del *fórum non conveniens*, que puede ser solicitada a instancia de parte en forma de excepción procesal, o propuesto por el mismo tribunal de oficio, de tal forma que, si un tribunal del *common law* se declara no conveniente por que no asegura garantías a las partes, este puede denegar su propia competencia según sea el caso.

La posición es diferente en los tribunales del *civil law*, en tanto que la ley aplicable y la jurisdicción se consideran cuestiones separadas y además la competencia está definida por ley, y por lo que su determinación escapa de toda decisión discrecional del juez. Atteritano (2009, pág. 45) comenta que por este motivo la jurisprudencia italiana no considera la cuestión de la ley aplicable como un elemento relevante que debe tenerse en cuenta para verificar la existencia de jurisdicción.



Sin embargo, los tribunales del *civil law* pueden defender su competencia en base a otras consideraciones como por ejemplo la establecida por la Corte Suprema de Portugal citada por Center for Global Legal Challenges (2015, pág. 7), en un caso de derecho laboral contra el Estado de Israel del año 2002, donde se estableció que la relación de trabajo entre el demandante (un limpiador de la embajada) y el Estado demandado, se regía por el derecho portugués en términos idénticos a las relaciones normalmente celebradas en relación con contratos para la prestación de servicios nacionales (limpieza y preparación de comidas) concluido con cualquier persona privada, por lo que subsecuentemente esta demanda fue admitida y sentenciada a favor del trabajador.

También existe la posibilidad de que el derecho aplicable pueda ser decidido por las partes, y en consecuencia también podría considerarse que se está decidiendo la jurisdicción aplicable a la relación laboral. Sin embargo, en un supuesto como este, se deberá observar el mismo presupuesto dispuesto en el apartado f del párrafo 2 del artículo 11, que establece que cuando se encuentren en juego normas de orden público, los tribunales del Estado del foro tendrán jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso, en tanto que el Estado del foro tiene el interés de proveer de garantías a sus ciudadanos en tanto empleados de un Estado extranjero en su jurisdicción. Respecto a las garantías de protección para el trabajador, el Convenio de Roma sobre derecho internacional privado establece en el primer párrafo del artículo 6 que la elección por las partes de la ley aplicable *no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable.*

b.3. La cuestión de la inmunidad del Estado extranjero empleador

La cuestión de la inmunidad surge naturalmente cuando en un proceso laboral el empleador es un Estado extranjero. La CDI (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 36) estableció que el tribunal del Estado del foro ante el cual se incoa un proceso contra un Estado extranjero debe considerar, al momento de decidir sobre su competencia, si el acto o actos del Estado empleador fueron realizados en el ejercicio de prerrogativas de poder público, es decir realizar la valoración del acto en tanto sea *iure imperii* o *iure gestionis*. De esta forma, en consideración de la CDI, este punto es esencial para determinar si el tribunal del foro puede ejercer su jurisdicción o debe otorgar la inmunidad.

El primer punto a tener en cuenta es que, si bien es el tribunal del Estado del foro el llamado a determinar previamente su competencia, en los hechos es normalmente el Estado extranjero demandado quien cuestiona la competencia del tribunal del Estado del foro amparado en su derecho de inmunidad jurisdiccional, usualmente mediante una excepción o cuestión previa. En este sentido se ha establecido que, para defender su inmunidad, el Estado extranjero debe cuestionar la competencia del tribunal ante el cual esta demandado o no comparecer en el proceso, porque si en su defensa se avoca a cuestiones de fondo de la controversia, se entenderá una renuncia tacita de la inmunidad conforme lo previsto en el artículo 8 de la Convención sobre inmunidades.



Respecto a la determinación que deberá ejercer el tribunal del Estado del foro respecto del acto del Estado que suponga el despido o la suspensión de servicios de un empleado (también el nombramiento y la renovación de contrato), la CDI consideró que tales actos suponen el ejercicio de prerrogativas de poder público del Estado extranjero, es decir un *acta iure imperii*. Esta es la razón por la cual la CDI concluyó en que, si bien los procesos laborales caen dentro de la competencia del Estado del foro, las cuestiones relativas a la reposición de un trabajador están protegidas por la inmunidad estatal y, consecuentemente, al Estado extranjero empleador no se le puede obligar a volver a emplear o a reponer en su cargo al empleado despedido.

No obstante, esta determinación del despido no es concluyente, incluso dentro del estudio de la CDI se consideró que el despido puede no ser necesariamente considerado como un acto *iure imperii* que goce ineludiblemente de inmunidad. La CDI refirió:

No se quiere decir, sin embargo, que las consecuencias jurídicas de un despido en quebrantamiento de un contrato de empleo son necesariamente el resultado de un acto hecho en el ejercicio de la autoridad gubernamental. Parece que hay un campo, por lo tanto, donde los tribunales todavía pueden ejercer jurisdicción en los procedimientos contra un Estado extranjero como empleador de un trabajador para servicios que se han de rendir en el territorio del Estado del foro, sin conexión con el ejercicio de la prerrogativa de poder público por parte del gobierno empleador. Para decirlo en otras palabras, podría redactarse así la pregunta: *¿Hasta qué punto se espera que el Estado que envía se conforme con las leyes y los reglamentos*



laborales locales del Estado territorial? (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 36) (la cursiva es agregada como énfasis)

En este sentido, la categorización el acto del despido como *iure imperii* o *iure gestionis*, y subsecuente pretensión de reposición con respecto a la inmunidad, dependerá mucho del enfoque que el tribunal del Estado del foro tenga y de sus consideraciones, tales como el respeto que el Estado del foro exige para sus leyes internas y sus nacionales, la protección a cuestiones de orden público interno, el enfoque otorgado a la inmunidad en esta esfera de actividad, entre otras.

Además, ya se ha demostrado que la dicotomía *iure imperii* - *iure gestionis* es un proceso que carece de consenso y que empieza a perder vigor, principalmente por la existencia de excepciones que establecen la aplicación de jurisdiccion por parte del Estado del foro para actos que bien pueden ser determinados como *acta iure imperii*, como es el caso ya mencionado de la *tort exception* o la excepción por *ius cogens*.

Finalmente, es pertinente el comentario al artículo 11 del comité de redacción de la CDI, según el cual “*un contrato de trabajo concertado por un Estado tiene todas las posibilidades de estar, aunque sea muy indirectamente, relacionado con el ejercicio del poder público*” (Volumen I, 1990, pág. 317), por lo que convendría establecer que todo proceso laboral este bajo la jurisdicción del Estado del foro en atención a la naturaleza de



la contratación laboral que es esencialmente privada sin atender a la categorización de los actos del Estado o la naturaleza de la pretensión.

c. Practica estatal respecto a la excepción por contratos de trabajo con énfasis en el acto de despido y la pretensión de reposición

Entonces ¿Cuál ha sido la postura asumida por los Estados respecto a la excepción por contratos de empleo? ¿Cuál es la tendencia actual? y ¿Qué desarrollo progresivo se puede esperar? la respuesta a estas cuestiones puede ser dilucidadas a partir de la práctica de que han seguido los Estados, tanto a nivel judicial, legislativo y las decisiones de sus gobiernos. aquí se analiza los dos primeros.

Cuando la CDI se avocó en 1983 a la excepción por contratos de empleo, se enfocó inicialmente en la práctica judicial de los Estados como lo había hecho con la excepción de transacciones comerciales; no obstante, encontró que a nivel judicial no existía evidencia que sostenga que, respecto a los contratos de trabajo, la inmunidad haya sido restringida. La CDI refirió en el apartado denominado “Ausencia de jurisdicción”:

Parece, por lo tanto, que no hay en ninguna parte una jurisprudencia constante tendente a admitir que los contratos de empleo o algún aspecto de los mismos puedan constituir una excepción a la inmunidad del Estado. Por el contrario, aun en



la aplicación más limitada del principio de la inmunidad del Estado, como en la jurisprudencia de Italia, se reconoce la inmunidad y se la aplica en forma bastante constante en todos los casos, abarcando nombramientos, despidos, demandas por compensación o por quebrantamiento de otras condiciones de empleo o contratos para servicios. Parece que hay una ausencia general de jurisdicción o una renuencia a ejercer la jurisdicción en la esfera de las relaciones laborales. (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 39)

Así, a la luz de la jurisprudencia de la época, no existía en la práctica judicial una excepción por contratos de trabajo, por el contrario, la inmunidad se reconocía en tales casos. No obstante, la CDI consideró pertinente revisar la legislación nacional con el razonamiento de que *“en los países que han adoptado leyes nacionales que restringen la inmunidad en la esfera concreta de los «contratos de empleo» o de las «relaciones laborales», los tribunales aplicarán en lo futuro sus leyes nacionales”* (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 39).

De tal forma que solo en base a la revisión de la legislación de la época, la CDI pudo iniciar un estudio de la excepción por contratos de empleo. Posteriormente recién se encontraría practica judicial que apoyara esta excepción. Con este antecedente, empezaremos por exponer el contenido de las principales normas sobre inmunidad estatal respecto a la excepción por contratos de trabajo, para posteriormente referirnos a cuál ha sido la tendencia judicial seguida al respecto.



c.1. Excepción por contratos de trabajo en la legislación nacional y convención europea sobre inmunidad de los estados

c.1.1. State Immunity Act del Reino Unido

El apartado 4 de la primera parte de la State Immunity Act del Reino Unido, referida a “procedimientos en el Reino Unido por o contra otros Estados”, establece la excepción a la inmunidad por contratos de empleo y las excepciones a esta disposición. el contenido es el siguiente (original en inglés, traducción propia):

4. Contratos de empleo

1. Un estado no es inmune con respecto a procedimientos relativos a un contrato de empleo entre el estado y un individuo donde el contrato fue celebrado en el Reino Unido o el trabajo es realizado competa o parcialmente allí.

2. considerando las subsecciones 3 y 4 *infra*, esta sección no aplica si:

a. al momento de entablarse el juicio el individuo es un nacional del estado en cuestión; o

b. al momento de la celebración del contrato, el individuo no fue un nacional o residente habitual en el Reino Unido; o

c. las partes en el contrato han convenido otra cosa por escrito.

3. Cuando el empleo es en una oficina, agencia o establecimiento mantenido por el Estado en el Reino Unido para propósitos comerciales, las subsecciones 2.a y 2.b



supra no excluye la aplicación de esta sección a menos que el individuo haya sido, al momento de celebrarse el contrato, residente habitual de ese Estado.

4. la subsección 2.c *supra* no excluye la aplicación de esta sección cuando la ley del Reino Unido requiera que el proceso judicial sea entablado ante una corte del Reino Unido.

5. en la subsección 2.b *supra*, se entenderá por nacional del Reino Unido:

a. un ciudadano británico, un ciudadano de un territorio dependiente de Reino Unido, un ciudadano británico en el extranjero; o

b. una persona quien bajo la Ley de nacionalidad británica de 1981 es un ciudadano británico; o

c. una persona bajo la protección británica (dentro de lo que ello significa en la Ley)

6. En esta sección, “procesos relativos a contratos de empleo” incluye los procedimientos entre las partes de dicho contrato con respecto a los derechos o deberes legales a los que tienen derecho o están sujetos como empleador o empleado.

Conforme vemos, la excepción por contratos de trabajo establecida en la SIA de Reino Unido establece que son los tribunales del Reino Unido los competentes en procesos laborales, salvo que no exista conexión por razón de nacionalidad entre el trabajador y la jurisdicción, o cuando las partes han convenido la jurisdicción. No se encuentra en esta norma



una excepción a la excepción de contratos de trabajo referida a un acto de despido o a un proceso laboral referido a la reposición del trabajador.

El contenido de la SIA sido replicado en otros cuerpos legislativos tales como el artículo 6 de la Ley de Singapur, el artículo 6 de la Ordenanza del Pakistán de 1981, o el artículo 5 de la Ley de Sudáfrica de 1981.

c.1.2. Ley de inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos

Argentina promulgó el 31 de mayo de 1995 la Ley 24.488 - Ley de inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos. Como se ha mencionado antes, esta ley fue emitida luego del cambio jurisprudencial hacia una teoría restrictiva en el caso Manauta de 1994. El primer artículo de la Ley establece la norma general de la inmunidad y es en el artículo 2 donde se establecen los supuestos donde los Estados “no podrán invocar inmunidad de jurisdicción”. El apartado 4 de este segundo artículo establece la excepción por contratos de trabajo en los siguientes términos:

Artículo 2.- Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:



d) Cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional;

Bajo la legislación argentina, son procedentes los procesos laborales siempre que sean promovidas por argentinos o residentes argentinos y que los contratos laborales causen efectos en el territorio nacional. Con este enfoque ha fallado la Corte Suprema de la Nación en casos tales como “Gregorio Saravia contra la Agencia de Cooperación Internacional de Japón” o en “Edelmiro Vallarino contra la Embajada del Japón” sobre despido, que serán citadas *infra*.

c.1.3. Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA) de los Estados Unidos y State Immunity Act de Canadá

En el contenido de la FSIA de los Estados Unidos y la Ley de inmunidades estatales de Canadá, no se encuentra referencia a la excepción por contratos de trabajo, toda vez que los contratos de trabajo son considerados, para fines de la inmunidad, dentro de las transacciones comerciales, excepción en la cual no se puede reclamar la inmunidad. Según



Garnett (1999, pág. 4), bajo tales leyes puede ejercerse la jurisdicción local sobre reclamaciones relacionadas con contratos de empleo.

c.1.4. Convención europea sobre inmunidad de los Estados

La Convención europea sobre inmunidad de los Estados contiene en su artículo 5 la excepción a la inmunidad por contratos de empleo, redactada de forma similar a la SIA de Reino Unido (original en inglés, traducción propia):

Artículo 5

1. Un Estado parte no puede invocar la inmunidad de jurisdicción de un tribunal de otro Estado contratante si el procedimiento se refiere a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona física cuando el trabajo deba realizarse en el territorio del Estado del foro.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando:

- a. el individuo es un nacional del Estado empleador en el momento en que se inicia el proceso;
- b. al momento en que el contrato entro en vigencia, el individuo no era nacional del Estado del foro ni residente habitual en ese Estado; o



c. las partes en el contrato han acordado lo contrario por escrito, a menos que, de conformidad con la ley del Estado del foro, los tribunales de ese Estado tengan jurisdicción exclusiva en razón de la materia.

3. Cuando el trabajo se realice para una oficina, agencia u otro establecimiento a que se refiere el artículo 7, los párrafos 2.a y 2.b del presente artículo se aplican solo si, en el momento en que se celebró el contrato, el individuo tenía su residencia habitual en el Estado Contratante que lo emplea.

Del contenido de la Convención europea se puede concluir que en cuanto respecta a los Estados que son partes de este tratado, los tribunales naciones del Estado del foro son competentes para conocer las demandas laborales teniendo en cuenta tan solo que el empleado demandante sea un nacional o residente habitual del Estado del foro, y siempre que las partes no hayan convenido una jurisdicción contraria. No se aprecia ninguna objeción a la postulación de demandas laborales que deriven de un acto de despido o en la que la pretensión sea la reposición de un trabajador. La Convención europea es considerada como reflejo de una costumbre regional en Europa, aunque tal consideración solo es referencial.



c.1.5. El proyecto de Convención Interamericana sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados

El Comité Jurídico de la Organización de Estados Americanos elaboro en 1983 un proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales estatales que no llego a ser parte de una negociación para convertirse en Convención. Este proyecto contiene en su artículo 6 la excepción por Contratos de empleo en los siguientes términos:

Articulo 6.- Los Estados tampoco invocaran la inmunidad de jurisdicción

- a) en asuntos laborales o relativos a contratos de trabajo, entre cualquiera de ellos y una o más personas físicas, cuando el trabajo sea ejecutado en el Estado territorial,

c.1.6. Proyecto de convención sobre inmunidad de los Estados de la Asociación de Derecho Internacional

Conviene también citar algunas resoluciones de institutos de investigación sobre la inmunidad jurisdiccional estatal. En sus trabajos preparatorios, la CDI (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 40) citó el proyecto de convención sobre inmunidad de los Estados del Comité Internacional sobre Inmunidad de los Estados aprobado por la Asociación de Derecho Internacional en su sesión en Montreal de 1982, cuyo artículo III establece:



Artículo III.- Excepciones a la inmunidad de jurisdicción

Un Estado extranjero no gozará de inmunidad de jurisdicción del Estado del foro en los casos siguientes:

C. Cuando el Estado extranjero concierte un contrato de empleo en el Estado del foro, o cuando se vaya a ejecutar el trabajo al que se refiere el contrato en forma total o parcial en el Estado del foro y los procedimientos se relacionen al contrato. No se aplicará esta disposición si

1. Al iniciarse el procedimiento el empleado es nacional del Estado extranjero, o
2. Al concertarse el contrato de empleo, el empleado no era ni nacional ni residente permanente del Estado del foro, o
3. El empleador y el empleado hubiesen convenido otra cosa por escrito

c.1.7. Resolución de 1991 del Instituto de Derecho Internacional

En 1991 el Instituto de Derecho Internacional aprobó en la sesión celebrada en Basilea la resolución denominada “Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement” [problemas actuales concernientes a la inmunidad de los Estados en relación con las cuestiones de jurisdicción



y ejecución] (Institut de Droit International, 1991). Respecto a la esfera de contratos de trabajo se señala lo siguiente (original en inglés, traducción propia):

Artículo 2.- Criterios que indican la competencia de los tribunales u otros órganos pertinentes del Estado del foro en relación con la inmunidad jurisdiccional.

2. A falta de acuerdo en contrario, los siguientes criterios son indicativos de la competencia de los órganos pertinentes del Estado del foro para determinar el fondo del reclamo, sin perjuicio de una reclamación de inmunidad jurisdiccional por parte de un Estado extranjero que sea parte:

c) Los órganos del Estado del foro son competentes respecto de los procedimientos relativos a los contratos de trabajo y los contratos de servicios profesionales en los que un Estado extranjero (o su agente) es parte.

Como hemos visto, las legislaciones nacionales antes citadas, así como la Convención europea, el Proyecto de convención interamericana y el pronunciamiento de la Asociación de derecho internacional y del Instituto de Derecho Internacional, establecen que en lo relativo a asuntos que deriven de un contrato de empleo, la inmunidad de jurisdicción no podrá hacerse valer y por lo tanto los tribunales del Estado del foro tendrán la jurisdicción conferida. De igual forma se aprecia que ninguno de estos instrumentos contiene una disposición referida a los actos de despido o procesos que versen sobre reposición o reincorporación de un empleado despedido, la única legislación nacional en este sentido es



la Ley sobre inmunidades estatales de Australia que establece en la sección 29.2 que el juez no puede ordenar a un Estado extranjero la contratación o la reposición de un trabajador.

Se entiende que los países que se han hecho parte de Convención de las Naciones Unidas van a aplicar su contenido, y por ello algunos han emitido legislación estableciendo la inmunidad del Estado cuando se trata de procesos que buscan la reposición, como por ejemplo la Ley de jurisdicción civil de Japón respecto a Estados extranjeros y otros del año 2009, en cuyo apartado iii) del párrafo 2 del artículo 9 establece la inmunidad para procesos laborales sobre reposición o la Ley Orgánica 16/2015 Sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, que establece la inmunidad al Estado extranjero empleador en el apartado d) del párrafo 2 del artículo 10.

No obstante, no se debe tomar estas disposiciones como reflejo de la costumbre internacional, en la medida de que los países parte de la Convención sobre inmunidades representar un número inferior al significativo para poder apreciar un consenso generalizado.

Especial atención parece merecer la disposición española que señala que, en procesos relativos a contratos de trabajo, el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en el siguiente supuesto:



d) Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad;

De la lectura dada a esta disposición, parece que en lo que respecta a la ley española, la inmunidad estatal en procesos que supongan la reposición del trabajador se hará vales si, adicionalmente a la pretensión de reposición, el Estado extranjero empleador emita comunicado en el contexto que una eventual reposición supone un riesgo o menoscabo para la seguridad de la misión extranjera. No obstante, no se ha encontrado en la doctrina revisada ninguna referencia que apoye esta interpretación.

c.2. La práctica judicial estatal en la excepción por contratos de trabajo

Para el estudio de la práctica judicial respecto a la excepción por contratos de trabajo, la CDI decidió dividir esta esfera de actividad en tres temas: i) al acto de nombramiento o empleo por el Estado, ii) a los casos de despido y iii) los actos concernientes a la relación laboral.

Respecto al acto de “nombramiento o empleo por el Estado”, la Comisión encontró que la práctica judicial consideraba esta esfera de actos era inmune a la jurisdicción de las



autoridades judiciales territoriales siempre que el organismo del Estado extranjero ejecute el acto en el ejercicio de prerrogativas de poder público. Al respecto citó casos “*Tani c. Rappresentanza commerciale in Italia dell'U.R.S.S.*” ante la Corte de Casación italiana en 1947 o el caso “*Weiss c. Institut de coopération intellectuelle*” de 1953 en el Consejo de Estado francés en los que se concluyó que el acto de nombramiento constituye *attività pubblicistica* o *atto di sovranità* relacionada con las funciones públicas del gobierno, con el consecuente otorgamiento de la inmunidad. (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 37)

Respecto a los casos de despido, que se identificó como los casos más abundantes, la CDI concluyó que la práctica judicial considero esta esfera como un acto realizado en ejercicio de la potestad soberana o prerrogativa de poder público del Estado, y no como el quebrantamiento de un contrato comercial o privado ordinario. La CDI citó los casos “*Rappresentanza commerciale dell' U.R.S.S. c. Kazmann*” de 1933, “*Little c. Riccio e Fischer*” de 1934, “*Tani c. Rappresentanza commerciale in Italia dell'U.R.S.S.*” de 1947, o el asunto “*Asunto Marthoud*” ante el Consejo de Estado francés de 1929, todos ellos sobre despido injusto en los cuales se aplicó la inmunidad. (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 38)

Respecto a las “relaciones laborales o de empleo” que refiere las obligaciones y actos derivados de una relación laboral entre el Estado empleador y el empleado, la CDI encontró que la jurisprudencia de los tribunales estatales consideraba esta esfera de actos como asuntos en los que los Estados extranjeros tienen inmunidad mientras se establezca que actuaron en el ejercicio de prerrogativas de poder público. Entre otros, la CDI cito los casos



“*De Ritis c. Governo degli Stati Uniti d'America*” de 1971 sobre el reconocimiento del contenido sustantivo del contrato de empleo y el caso “*Luna c. Repubblica Socialista di Romania*” de 1974 sobre el pago de 7,799,212.00 liras por compensación de remuneraciones basada en el contrato de empleo. En ambos casos los tribunales rechazaron su competencia, y otorgaron inmunidad basados en el poder soberano que, según el enfoque dado, gobernaba los actos de contratos de trabajo. (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 38)

Estos fueron los resultados a los que la CDI arribó en el estudio realizado en el año 1983, en la práctica judicial se reconocía la inmunidad estatal cuando de relaciones laborales se trataba. Sin embargo, en su informe de 1984, la CDI advirtió un cambio repentino en la jurisprudencia de los Estados a favor de la aplicación de teoría restringida de la inmunidad y una falta de jurisprudencia en apoyo a la inmunidad absoluta. Respecto a los casos laborales, la CDI manifestó que lo señalado en el informe de 1983 sobre la práctica de los tribunales italianos en materia de contratos de trabajo, donde se evidenciaba una práctica absoluta de la inmunidad, había dejado de tener vigencia, advirtiendo que para 1984 en Italia se habían embargado varias cuentas bancarias de embajadas para el pago de obligaciones relativas a la seguridad social y otros tipos de retribuciones que se debían en virtud de contratos de trabajo (Vol. II Primera parte, 1984, pág. 16).

De esta forma, se hizo evidente que ya en 1984, la práctica judicial abandonó la teoría absoluta por la relativa en lo concerniente al otorgamiento de inmunidad en todos los actos



derivados de un contrato de trabajo, incluyendo los procesos relativos al acto de despido y reposición de un trabajador como se verá en el siguiente apartado.

c.3. La práctica judicial de los Estados en procesos de reposición laboral

Como vimos previamente, la práctica judicial respecto a la excepción por contratos de trabajo experimentó un cambio súbito según lo advertido por la CDI en sus informes de 1983 y 1984, verificando en el primero un otorgamiento irrestricto de la inmunidad y en el segundo la aplicación de jurisdicción e incluso la ejecución de fallos. No obstante, lo que la CDI no consideró en todos sus trabajos preparatorios, fue la apertura a la restricción de la inmunidad en lo que respecta a los procesos laborales con pretensión de reposición. Quizá la inobservancia de esta evolución estuvo motivada por el eclecticismo que fue necesario en la redacción de la Convención, ya que aun cuando la misma CDI encontró en su estudio práctica judicial donde se denegó inmunidad en casos sobre reposición, era necesario *“confirmar la práctica existente de los Estados que apoyan la regla de la inmunidad en el ejercicio de la facultad discrecional del Estado de nombrar o no nombrar a una persona para desempeñar un cargo o un empleo oficial”*. (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 46)

No obstante, que la CDI no haya reconocido en sus trabajos preparatorios la excepción a la inmunidad para los procesos laborales sobre reposición, no significa que en tales casos la



inmunidad pueda evolucionar a su restricción. Esto principalmente porque aun ahora la norma internacional de la inmunidad estatal respecto a la pretensión de reposición laboral se encuentra fragmentada. Así, los tribunales de algunos países continúan aplicando la inmunidad para procesos laborales con pretensión de reposición como por ejemplo Perú en el caso “Edgar Cristian Tello Rivera contra la Agencia de Cooperación de Corea en el Perú”, mientras otros tribunales estatales han seguido la línea de restricción de inmunidad, como por ejemplo los casos hallados por la CDI relativos a la reposición del empleado y donde la inmunidad había sido negada: i) “MK versus Republic of Turkey”, ii) “Castanheira c. Office commercial du Portugal”, iii) “Emilio B.M. contra la Embajada de Guinea Ecuatorial” y iv) “Diana Abbott contra la Republica de Sudáfrica”.

En el caso “MK versus Republic of Turkey” del año 1985 ante el Tribunal de Sub-distrital de La Haya, se presentó una demanda sobre declaración de nulidad de despido, luego de que una secretaria holandesa de la Embajada de Turquía en La Haya fuera despedida. Según la CDI, en el tribunal de La Haya sostuvo que la relación laboral en cuestión era un acto que la demandada había ejecutado en pie de igualdad con una persona natural en virtud del derecho privado y que no se trataba en absoluto de un acto puramente gubernamental (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 46). Bankas (2005) señala que en este caso el Tribunal dejó sentadas dos consideraciones claras: la primera referida a que el área territorial en la cual la embajada demandada se encontraba formaba parte del territorio holandés y por lo tanto los tribunales de los Países Bajos tenían jurisdicción plena. La segunda consideración estuvo referida a que los Estados solo tienen derecho a la inmunidad por actos que se han



llevado a cabo *jure imperii*, y que el despido perpetrado constituía un acto realizado en las mismas condiciones que un particular bajo ley privada. Adicionalmente, la CDI también refirió que en este caso se declaró la nulidad del despido en tanto que este fue dispuesto por el Estado extranjero sin el consentimiento del Director de la oficina de empleo regional y sin el consentimiento del demandante. consecuentemente, la inmunidad en este caso fue negada. De esta forma se verifica que para el año 1985, los tribunales nacionales ya comenzaban a denegar la inmunidad también en casos laborales en los cuales se invocaba la reposición del trabajador.

En el caso “Castanheira c. Office commercial du Portugal” de 1980 ante el Tribunal del Trabajo de Bruselas, relativo al despido de un nacional portugués quien laboró en el Fondo de Fomento de Exportación de Portugal, el tribunal sostuvo que si bien, como emanación del Estado, la entidad podía en principio gozar de inmunidad de jurisdicción, el contrato de trabajo tenía las características de un acto privado, razón por la que se denegó la inmunidad (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 46).

En el caso “Diana Abbott contra la Republica de Sudáfrica” (1992), la ciudadana norteamericana Diana Abbott prestaba servicios como secretaria bilingüe en la Embajada de la República de Sudáfrica en Madrid, cuando en 1985 fue despedida. Mediante proceso laboral solicitó su reposición, donde la Magistratura de trabajo de Madrid en primera Sentencia de 1985 no admitió la demanda en razón a la inmunidad de jurisdicción. En apelación, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó Sentencia en 1986 en la que



declaró la competencia de la jurisdicción española para conocer de la pretensión, por lo cual la Magistratura en 1987 admitió la demanda y dictó sentencia declarando nulo el despido y condenando a la República de Sudáfrica a la inmediata reposición de la trabajadora, con abono de los salarios de tramitación. No obstante, en la etapa de ejecución la Embajada demandada no cumplió con la orden de reposición, por lo cual la demandante optó una indemnización de 758.206 pesetas por concepto de indemnización, monto que sería recién otorgado en 1992 mediante una acción de amparo ante el Tribunal Constitucional de España.

Similar es el caso “Emilio B.M contra la Embajada de Guinea Ecuatorial en Madrid” (1997), sobre despido ilegal del conductor de la Embajada de Guinea Ecuatorial. En este caso la demanda fue presentada en 1984 ante Magistratura de Trabajo quien en una primera sentencia se declaró incompetente para conocer de la demanda formulada por razón de la inmunidad jurisdiccional del Estado demandado. Recién mediante un recurso de casación es que la Sala Sexta del Tribunal Supremo emitió Sentencia en 1986 donde anuló la Sentencia de primera instancia y declaró la competencia del orden laboral de la jurisdicción española para el conocimiento de la demanda. En segunda sentencia dictada en 1986 por la Magistratura, se declaró nulo el despido y ordenó la reposición inmediata del demandante y el pago de los salarios dejados de percibir hasta la reposición. Al igual que en el caso Diana Abbott, la embajada demandada no procedió a efectuar la reposición por lo cual la Magistratura condenó a la Embajada al pago de 408.195 pesetas por indemnización, 2.138.379 pesetas por salarios de tramitación y el pago de los salarios



dejados de percibir desde la fecha del despido, ejecución fue otorgada solo mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional en 1997, donde además se declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y ordeno la ejecución del pago adeudado.

Es menester aclarar que la decisión de optar por el pago de una indemnización y no proceder a la reposición que se parecía en los casos “Diana Abbott contra la Republica de Sudáfrica” y “Emilio B.M. contra la Embajada de Guinea Ecuatorial”, se funda en que en el sistema laboral español se establece que cuando los despidos que son declarados improcedentes, el empleador tiene la alternativa de indemnizar al trabajador o proceder a su reposición inmediata en las mismas condiciones anteriores al despido conforme al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores - Real Decreto Legislativo 1/1995; lo que es pertinente para comprender el proceder de los tribunales españoles quienes, ante la negativa del Estado demandado a proceder con la reposición, resolvió rescindir el contrato a fin de ejecutar la sentencia mediante el embargo de cuentas bancarias, entre otros. Debe considerarse que esta reparación es validad solo en la jurisdicon española, en tanto que su legislación establece dos alternativas de reparación para el trabajador despedido, por lo que el principio del derecho sustantivo aplicable se ve respetado.

Adicionalmente, en la investigación para este trabajo se ha encontrado otras prácticas judiciales en las cuales se ha dado procedencia negando la inmunidad estatal en procesos referidos a la pretensión de reposición laboral, que no fueron considerados por la CDI ya



sea porque no tuvo acceso a tal jurisprudencia, o porque tales decisiones fueron emitidas con posterioridad al trabajo realizado por la CDI.

Cronológicamente, el proceso más antiguo encontrado el de “Samuel Gómez contra la Embajada Británica en Argentina” de 1974 ante la IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, citado por All & Albornoz (2006, pág. 5). En este caso, el tribunal de primera instancia declaró su competencia en razón de no considerar comprendido el caso dentro del artículo 24 del Decreto Ley 1285/58 que establecía como requisito previo para una demanda contra una embajada extranjera la conformidad del país acreditante para ser sometido a juicio. All reproduce una parte de la sentencia, en la cual se afirma que “*si se reconociesen privilegios a la Embajada aquí demandada (...) importaría una cuasi negativa a un ciudadano argentino de gozar de la tutela de las leyes de su propio país (...)*”, y subsiguientemente el tribunal añadió que “*no se torna viable reconocer inmunidad ni independencia diplomática, pues en su sustanciación no está comprometido el interés internacional, o las buenas relaciones entre nuestro país y el demandado, ni el contenido de su misión diplomática, pero sí el derecho inalienable de un ser humano, no ya como nacional, sino como sujeto de derecho*” (pág. 5). Bajo tales fundamentos, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo declaró competentes los tribunales nacionales de trabajo en tal caso. Sin embargo, All señala que en este caso intervino el poder ejecutivo por lo que en 1976 la Corte Suprema de la Nación Argentina dejó sin efecto el fallo de 1974 para reestablecer la inmunidad a la embajada demandada (Samuel Gómez contra la Embajada Británica en Argentina, 1976).



Se encontró también el caso “Inkeri Kivi-Koskinen v. Kingdom of Belgium” de 1999 ante la corte distrital de Helsinki, en la cual una secretaria contratada localmente demandó a la Embajada de Bélgica por la terminación de su contrato de trabajo. El tribunal emitió una sentencia en rebeldía contra Bélgica en la cual no se abordó expresamente la cuestión de la inmunidad del Estado, pero si afirmó que la demanda no era manifiestamente infundada. Si bien Bélgica presentó una apelación a fin de hacer valer la inmunidad, este asunto fue resuelto por las partes en disputa y tal solución fue confirmada por el Tribunal anulando la sentencia anterior en rebeldía. (Inkeri Kivi-Koskinen (individual) v. Kingdom of Belgium (State), 1999)

En el caso “Tania contra Embajada de Grecia” (2013) ante tribunales españoles, una trabajadora que se desempeñó como intérprete y traductora en la Embajada de Grecia fue despedida en 2012 mediante una carta de no renovación de contrato de trabajo. En primera instancia, el juzgado social emitió Sentencia el 24 de setiembre de 2012 donde se declaró la improcedencia del despido y se condenó a la embajada “*optar entre readmitir al actor en su puesto de trabajo o bien indemnizarle con la cantidad de 21.667,36 euros*”. En apelación, la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia emitió la Sentencia 739 de setiembre de 2013 que confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. La decisión tomada en este proceso resulta interesante en tanto que el tribunal aplicó el artículo 6 Convenio de Roma de 1980 en base del cual se concluyó que “*la ley que debe aplicarse es la española*”, y consecuentemente se concluyó que bajo la legislación laboral española la carta de despido impugnada no constituía un despido objetivo, en tanto que en la



legislación española el despido objetivo por razones de necesidad presupuestaria supone el objetivo de "*preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado*" de la entidad empleadora, es decir que el supuesto se aplica para las empresas comerciales y no es congruente su aplicación para el caso de un Estado extranjero cuyas representaciones diplomáticas no deben mantenerse o afianzarse en mercado alguno, ni actuar bajo las exigencias de la competencia mercantil.

En este mismo caso, el Tribunal Superior cito la sentencia nº 858/1996 emitida el 19 de mayo de 1997 por el mismo tribunal Superior de Madrid, en un caso de despido contra la Embajada de los Estados Unidos en Madrid, en el cual se declaró la improcedencia del despido con la motivación de que la disposición de extinción de la relación laboral constituía un acto *iure gestionis* (Tania contra Embajada de Grecia en España, 2013, considerando Quinto).

También se han hallado en esta investigación otros casos referidos a despidos laborales en los cuales los tribunales nacionales han decidido aplicar su jurisdicción negando la inmunidad, no obstante, en las fuentes de las que fueron recogidas no se hace referencia si tales procesos tuvieron por pretensión la reposición del empleado o algún otro tipo de reparación. La CDI (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 45) cita el caso "S. c. État indien" de mayo de 1984, relativo al despido de un italiano contratado por la Embajada de la India en Suiza, donde el tribunal del caso sostuvo que el empleado no tenía vínculo alguno con el Estado de la India y que el ejercicio de la jurisdicción en el asunto no podía causar ningún



perjuicio al desempeño de las funciones del Estado, por consiguiente, se concluyó que los tribunales suizos eran competentes para conocer del asunto, y no así los de la India. De la verificación de este caso, la CDI comentó que *“el personal local de una embajada extranjera no tendría otra forma realista de presentar una demanda de no ser ante un tribunal del Estado del foro”*.

En la Corte Suprema de Portugal se sentenció un caso sobre despido ilegal presentado por una empleada doméstica de la residencia del embajador de Israel en Portugal en el año 2002 (A. (individual) v. Israel (State), 2002). La Corte decidió que el Estado extranjero no gozaba de inmunidad de jurisdicción en tanto que la relación contractual existente con la trabajadora se rigió por la ley portuguesa de la misma manera que todo contrato laboral para la prestación de servicios domésticos que pudiera celebrar otra persona privada. Center for Global Legal Challenges (2015, pág. 7) señala en este caso la Corte se basó en que la verificación del ejercicio de prerrogativas de poder público (*jure imperii*) solo puede verificarse para los contratos celebrados con una persona de un grado superior y no así para personal encargado de servicios domésticos.

En el caso “Maciej K” del año 2000, el Tribunal Supremo de Polonia sentenció que el tribunal laboral polaco tiene jurisdicción en un caso presentado por un ciudadano polaco contra una embajada, por la ineficacia del despido al no dar el aviso de la terminación del contrato de trabajo (Council of Europe, 2000). Tal ineficacia fue declarada en tanto que la Embajada, como empleadora, no ejecutó actos en calidad de autoridad pública, sino como



parte en una transacción de derecho civil, y consecuentemente el Estado extranjero no era inmune, como se establece en el informe de Center for Global Legal Challenges (Center for Global Legal Challenges Yale Law School Yale University, 2015, pág. 21).

Bothe y Vinues (1979, pág. 250) citan el caso “Elsa Carmen López y otro contra Departamento cultural y de Cooperación científica de la embajada de Francia” sobre despido que fue resuelto teniendo en cuenta que el acto de despido ejecutado por el Estado extranjero constituye un *acta iure gestionis*.

López (2016, pág. 28) también cita la Sentencia del Tribunal Superior del País Vasco del 9 de diciembre de 1999 en el cual se desestimó la impugnación planteada por la República Federal de Alemania contra el Auto del Juzgado de lo Social de San Sebastián de 8 de abril de 1999 que determinó improcedente el despido de una trabajadora administrativa del Consulado Honorario de la República Federal de Alemania, motivando su decisión en el argumento que un contrato de trabajo es una actividad de gestión no amparada en la inmunidad.

López (2016, pág. 36) también cita un conjunto de sentencias emitidas por tribunales españoles que versan sobre despidos y cuyo demandado común fue la *Scuola Statale Italiana di Madrid* y el *Istituto Italiano Statale comprensivo di Scuola Elementare e Secondaria di I e II Grado*, ambos como instituciones adscritas a la República de Italia. En estos casos se emitió Sentencia el 22 de enero de 2002 señalando que los actos de despido



no podían ser equiparables a un *acta iure imperii* en tanto que un centro educativo es ajeno a toda manifestación de poder estatal extranjero soberano, a diferencia de lo que sucede con una misión diplomática. Finalmente, esta Sentencia declaró improcedentes los despidos.

En el mismo sentido, López (2016, pág. 29) hace referencia a una vasta lista de decisiones judiciales ante tribunales españoles en las que se denegó la inmunidad de jurisdicción estatal en supuestos de demanda por despido improcedente o nulo como son: el Auto del Juzgado de lo Social de Madrid del 1 marzo de 2002 contra la Embajada de la República de Gabón en España; Auto del Juzgado de lo Social de Madrid del 3 de noviembre de 2003 contra la Embajada de Grecia, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 28 de enero de 2004 contra el Consulado de Chile y el Auto del Juzgado de lo Social de Madrid del 12 de enero de 2005 contra la Embajada de la República de Corea en España.

Webb (2016, pág. 752) también cita diferentes casos en los cuales tribunales nacionales han admitido demandas laborales relacionadas con despidos y reposiciones, tales como “Neustein v. Republic of Indonesia” de 1958 ante un tribunal austriaco, “Mallaval v. French Ministry for Foreign Affairs” de 1974 ante los tribunales italianos, “Janini v. Kuwait University” de 1995 ante los tribunales de los Estados Unidos, “Robinson v. Kuwait Liaison Office” de 1997, “Australian gardener at the Kuwait embassy in Australia”, “Thomas v. Consulate General of India” del año 2002 ante los tribunales australianos o el caso “El-Ansari v. Maroc” del año 2003 ante la Corte de Apelaciones de Quebec.



Todas estas listas de casos evidencian la existencia de una basta practica judicial en favor a la procedencia de demnadas en materia de despido y respociones laborales, donde resalta en particular la prominente actuación de los tribunales españoles en este sentido. Oliva Izquierdo (2016, pág. 198) señala que es una tendencia que los Juzgados de lo Social españoles conozcan de las demandas que se interponen generalmente contra las Embajadas tras el despido de un contratado local, tendencia que a su parecer se debe tanto a una perspectiva actual de la inmunidad de jurisdicción relativa, pero aún más importante es la consideración que se tienen al principio de la tutela judicial efectiva, reconocida en el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución española, lo que explica que los tribunales españoles enjuicien cuestiones de derecho laboral relacionadas con las embajadas.

d. La excepción de contratos de trabajo en los trabajos preparatorios de la CDI

La CDI se ocupó por primer vez de la excepción sobre contratos de trabajo en 1983, momento en el cual, según la CDI, la práctica judicial sobre esta excepción i) era escasa y ii) que estaba lejos de ser universal y uniforme (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 36); por lo tanto, la CDI recurrió a la legislación nacional y la Convención Europea sobre Inmunidades para la redacción del ahora artículo 11 de la Convención sobre inmunidades.



En los trabajos preparatorios, la redacción del artículo 11 tuvo diferentes propuestas y redacciones, siendo la primera de estas (por entonces artículo 13) la siguiente:

Artículo 13. —Contratos de empleo

1. A menos que se acuerde de otra manera, un Estado no es inmune a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado respecto a procedimientos relacionados con un «contrato de empleo» de un nacional o residente de ese otro Estado para trabajo que se haya de ejecutar allí.

2. El párrafo 1 no se aplica si:

- a) los procedimientos se relacionan con el no empleo de un individuo o el despido de un empleado;
- b) el empleado es nacional del país empleador en el momento en que se presentan los procedimientos;
- c) el empleado no es ni nacional ni residente del Estado del foro en el momento del empleo; o
- d) el empleado ha convenido de otra manera por escrito, a menos que, de acuerdo con las leyes del Estado del foro, los tribunales de ese Estado tengan jurisdicción exclusiva por razón del tema de que se trata. (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 41)

Se puede apreciar que, aun siendo la primera redacción sobre la excepción por contratos de empleo, la CDI ya tenía claro cuál era el ámbito de la limitación de la inmunidad, pues



como podrá compararse con la formulación del artículo final, se ha mantenido sustancialmente el contenido original que ahora se encuentra en el artículo 11 de la Convención sobre inmunidades. Resalta para este trabajo el establecimiento temprano del apartado a) sobre la subsistencia de la inmunidad cuando el proceso este referido al “no empleo” (que supone la contratación o renovación de contrato) o el despido del trabajador, disposición que finalmente quedaría consolidada en el apartado c del párrafo 2 del artículo 11 que es objeto de este estudio. La segunda redacción se presentó en 1984 (Vol. II Segunda parte , 1984, pág. 65) con la formulación siguiente:

Artículo 13.-Contratos de trabajo

(...)

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no será aplicable:

- a) si el trabajador ha sido contratado para ejecutar servicios relacionados con el ejercicio de prerrogativas del poder público;
- b) si el procedimiento se refiere a la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de un candidato;
- c) si el trabajador no era nacional ni residente habitual del Estado del foro en el momento de concertarse el contrato de trabajo;
- d) si el trabajador es nacional del Estado empleador en el momento de promoverse el procedimiento;
- e) si el trabajador y el Estado empleador han pactado 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 procedimiento.

En este segundo proyecto se varió la formulación hecha al entonces apartado b), dejando atrás la referencia al acto de “no empleo” y “despido” por “contratación”, “renovación de contrato” y “reposición”, esto en tanto la CDI consideró la posibilidad de demandar a un Estado extranjero por motivo de despidos y no contratación si el objeto del proceso busca una indemnización pecuniaria. No obstante, la inmunidad para los casos de reposición laboral se mantuvo vigente. Se introdujeron también dos circunstancias a la esta segunda parte, los apartados a) y d) del segundo párrafo, en las cuales la inmunidad se vuelve a aplicar. La formulación presentada en este segundo proyecto se mantendrá casi invariable hasta la emisión final de la Convención.

En 1991 el segundo Relator Especial Motoo Ogiso presento su último informe que contiene el proyecto final de los artículos para la convención sobre inmunidades, donde la excepción por contratos de trabajo, ahora establecida en el artículo 11, presentó la siguiente formulación:

Artículo 11. —Contratos de trabajo

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado podrá invocar 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.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica:

- a) si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones estrechamente relacionadas con el ejercicio del poder público;
- b) si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de un candidato;
- c) si el trabajador no era nacional ni residente habitual del Estado del foro en el momento de concertarse el contrato de trabajo;
- d) si el trabajador es nacional del Estado empleador en el momento de incoarse el proceso; o
- e) si el Estado empleador y el trabajador han pactado 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. (Comisión de Derecho Internacional, 1991, pág. 44)

Habiéndose presentado el proyecto final de la Convención, la Asamblea General dispuso que la última fase del proyecto fuera revisada por el Comité Especial sobre las inmunidades de los Estados y sus bienes, que llevo a cabo la tarea de ultimar las cuestiones pendientes al proyecto de 1991. En marzo de 2004 se presentó el proyecto final (Comité Especial,



2004, pág. 9), donde el artículo referido a la excepción por contratos de trabajo es el que ahora encontramos en el artículo 11 de la Convención sobre inmunidades con la siguiente formulación:

Artículo 11.- Contratos de trabajo

1. 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.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica:

a) si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público;

b) si el empleado es:

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

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

iii) 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



- iv) cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática;
- c) si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de una persona natural;
- d) 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;
- e) 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
- f) 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.

Después de una revisión comparada de los tres proyectos de artículo presentados, es posible concluir en que, desde su redacción en 1983, la sustancia de la excepción por contratos de trabajo no ha variado sustancialmente, en especial con la disposición que establece la inmunidad cuando el proceso busca la reposición del empleado.



Como se ha venido desarrollando previamente, el establecimiento de límites a la excepción por contratos de empleo, como es el caso del apartado c) del párrafo 2 del artículo 11, en consecuencia de la aplicación del enfoque ecléctico con el fin de conciliar los intereses contrapuestos de los países, que por una parte se aferraban a la teoría absoluta de la inmunidad, contra los que la restringían por medio de sus leyes internas, así como los intereses contrapuestos del Estado del foro con las del Estado extranjero empleador.

Para el análisis del contexto en el cual fue redactado el artículo 11, también se debe considerar que para 1983 la protección y la legislación laboral no tenían la connotación que tiene hoy en día, ya sea a nivel internacional en tanto que los derechos humanos de segunda generación aun eran considerados más como directrices que como derechos, y también a nivel interno, puesto que como dijo la CDI, para 1983 muchos países aun no tenían legislación laboral o tribunales laborales especiales o juzgados especiales para la solución de disputas laborales (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 37).

La situación es diferente ahora. Se ha producido un súbito cambio en el contexto actual, donde la tendencia a restringir la inmunidad no solamente es universal, sino que también las restricciones se han incrementado en su alcance y número. Concomitantemente, ahora la materia laboral ocupa un espacio preferencial tanto en las políticas internas de los países como a nivel internacional con el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, que han ganado espacio en la protección internacional.



Entonces, nos encontramos frente a un anacronismo entre la norma de la inmunidad que se pretende considerar vigente y las necesidades de aplicar jurisdicción como garantía para los derechos de los trabajadores, anacronismo que puede evidenciarse del estudio de los trabajos preparatorios de la CDI. Veamos por ejemplo las siguientes declaraciones de representantes de diferentes países en la sesión de 1984 de la CDI (Volumen I, 1984, pág. 341): el representante de Nigeria señaló que *“muchas embajadas extranjeras en los países en desarrollo casi no contratan personal local”*, el representante de Argelia señaló que si bien el artículo procura con toda razón proteger los derechos legítimos de los trabajadores, *“en la práctica los casos previstos son raros, el artículo 13 dará lugar en la práctica a un resultado paradójico : incitará a los Estados a evitar toda situación contenciosa, simplemente negándose a contratar personal local (...) los perjuicios que esto supondrá para la situación del empleo puede presentar problemas, sobre todo en los Estados del foro que tiene elevadas tasas de desempleo”*. Incluso se llegó a mencionar en este mismo debate que:

En la actualidad, las misiones diplomáticas de los países desarrollados en los países en desarrollo tienden a contratar en su propio país el personal que necesitan, prescindiendo así de la fuerza de trabajo local. Pero, desafortunadamente, no se da la situación inversa: los países en desarrollo carecen de los medios suficientes para enviar a sus nacionales a trabajar en sus misiones en el extranjero. En la práctica, la disposición prevista en el párrafo 1 del artículo 13 perjudicará únicamente a los países en desarrollo.



Declaraciones como estas tres se corresponde con el contexto de la época, no obstante, tales apreciaciones han perdido vigor en la situación actual, donde la contratación laboral de personal local por parte de misiones diplomáticas es numerosa. De la misma forma, si se pensó que en algún momento el establecimiento de la excepción por contratos de trabajo sería más perjudicial que beneficiosa (Volumen I, 1984, pág. 341), dichos temores han quedado disipados con la experiencia actual.

Respecto a las demandas laborales, se debe tener en cuenta que del total de demandas laborales, una gran parte de ellas son demandas derivadas de actos de despido cuya pretensión busca la reposición del empleado, tal como lo afirmo la CDI (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 38). Webb (2016, pág. 750) manifiesta que del total de procesos laborales estudiados, casi todos son despidos, no obstante de 120 casos en los que un empleado individual demandó a un Estado, se anuló la inmunidad en tan solo 54, poco menos de la mitad, en tanto que el resto caían dentro del supuesto de inmunidad por tener por pretensión a la reposición.

No obstante, las consideraciones que ahora identificamos como anacrónicas, han influido profundamente en la redacción del apartado c) del párrafo 2 del artículo 11 de la Convención, en tanto que sobre las declaraciones antes citadas, la CDI decidió *“encontrar una solución de avenencia y reconocer la inmunidad de los Estados, en una medida justa y equilibrada, especialmente para las naciones en desarrollo, de modo que no deban sacrificar el principio de la soberanía y la dignidad para que sus economías sobrevivan”*



(Vol. II Primera parte, 1986, pág. 39), resguardando así la inmunidad para los casos de despido y reposición.

De esta forma, vale citar al representante de Grecia en la CDI quien expreso: *“la inmunidad es en realidad un anacronismo, un mal necesario cuyo alcance la práctica se encarga de reducir progresivamente”* (Volumen I, 1999, pág. 227). Por esta razón, en los trabajos preparatorios y en los debates de la CDI se advirtió sobre los peligros del método inductivo con el que fue redactado la convención, ya que colocó el desarrollo del derecho internacional en torno a la inmunidad fuera del alcance del desarrollo social, tal como la *“revolución tecnológica, el advenimiento de la era nuclear, la aparición de más de 100 nuevos Estados en el mundo, la desaparición de los imperios coloniales y la división del mundo en diferentes sistemas económicos y bloques de poder”*, como estableció el representante de Noruega en el debate de 1983 (Volumen I, 1983, pág. 54). Muchos países han compartido esta postura, como Suiza, quien en sus comentarios al proyecto de artículos señaló que *“Es innegable que tanto en la práctica como en la doctrina se observa una tendencia a imponer nuevas restricciones a la inmunidad de los Estados e incluso una marcada tendencia a autorizar el embargo efectivo de los bienes de los Estados y la ejecución forzada de esos bienes. (...) Esa evolución se explica por el aumento sin precedentes que han experimentado en los últimos decenios las actividades del Estado en los sectores comercial, industrial o de servicios”*.



Es decir, que la práctica de los Estados no necesariamente evoluciona a la par con la realidad fáctica, y esto es claro en el tema laboral, ya que al momento de la redacción de la convención se identificó el tema laboral como reciente y escaso (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 41), e incluso innecesario por no ser de aplicación a casos concretos, como lo manifestó el representante de Venezuela en el debate de la Comisión en 1983 (Volumen I, 1983, pág. 19). Mas ahora, las diferentes representaciones de los Estados en el extranjero (misiones diplomáticas, misiones científicas, etc.) son cada vez más diversas y numerosas, y en consecuencia ya no se habla de temas aislados, y a este fenómeno se agrega la creciente circulación internacional de personas, bienes y servicios.

No obstante, no se puede acusar de tal anacronismo a la CDI, cuya misión fue clara, identificar la práctica de los Estados en el momento de la redacción y para lograrlo, su trabajo busco las formulas transaccionales que apresuraran la redacción del proyecto de artículo, con lo cual se podría detener la tendencia restrictiva que se desataba en la práctica judicial de los Estados y obtener en el menor tiempo posible un proyecto de artículos sobre inmunidades. (Vol. II Primera parte, 1984, pág. 16)

Para lograr el consenso necesario, la CDI tuvo que identificar aquellos puntos en la esfera de un contrato de trabajo que revistan de alguna forma “prerrogativas de poder público”, es decir actos *iure imperii*, identificando finalmente que en una relación de trabajo los actos *iure imperii* están referidos a la facultad discrecional que tiene el Estado extranjero para nombrar o no nombrar a una persona. Sobre esta base, se consideró que el acto de despido



estaría protegido por la inmunidad jurisdiccional en tanto que forma parte de la jurisdicción disciplinaria o de supervisión ejercida por el Estado empleador. Consecuentemente, se estableció la inmunidad para los procedimientos relativos a la reposición de un empleado. (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 47)

No obstante, es menester situar la aplicación de la norma al contexto actual, teniendo en cuenta especialmente la preeminencia cada vez mayor de las organizaciones internacionales y de otros actores diferentes al Estado en la escena internacional, pues como señala Brotóns (2010) citado por González Herrera (2016, pág. 255), los derechos humanos también irán alcanzando un protagonismo cada vez más acuciante en el orden internacional, por lo que el tratamiento y desarrollo futuro de la norma de inmunidad determinará la forma de armonizar adecuadamente la importancia de todos estos elementos.

d.1. Escases de material para la redacción del artículo 11 de la convención

La CDI ha manifestado que el aparatado c) del artículo 11 de la Convención fue redactado en base a la práctica judicial existente al momento de la primera redacción del artículo en el año 1983 (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 46). No obstante, el trabajo sobre las inmunidades estatales en la CDI se basó en la práctica judicial de tan solo 25 Estados (Volumen I, 1983, pág. 54), 25 Estados de los cuales no todos presentaron una práctica en



lo que respecta a la excepción por contratos de trabajo, sino que la mayor parte de la documentación versaba sobre asuntos transacciones comerciales. Por esta razón, se identificó la esfera de los contratos de trabajo como “una actividad reciente” y con escasa práctica. Según el relator especial, esta práctica no podía satisfacer un alcance hacia una práctica universal o uniforme de los Estados (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 36), identificando evidente escases de practica judicial al momento en que la CDI redacto el artículo 11.

Ahora bien, también se ha mencionado que la CDI tuvo que recurrir a la práctica legislativa con el fin de identificar los alcances de la excepción por contratos de trabajo, no obstante, como se ha verificado *supra*, las disposiciones legales en su generalidad –no establecen la inmunidad para los procesos de reposición de un empleado como si ha sido establecido den la Convención sobre inmunidades.

d.2. Posición de los Estados en la CDI sobre la inmunidad en procesos laborales sobre reposición

Como se vio, en la redacción del artículo 11, se decidió suprimir los supuestos de “despido” y se agregó el supuesto de un proceso con pretensión de “reposición”, esto porque la CDI consideró que la restricción contenida en este apartado era prácticamente



absoluta. Así, el nuevo apartado de 1984 dio la opción de obtener indemnización o compensación por “despido injusto”. Por esta razón, dentro del marco de la Convención sobre inmunidades, “*el proceso judicial sobre despido sólo podrá tener lugar en cuanto esté encaminado a asegurar una indemnización pecuniaria pero sin que se permita al tribunal expedir un mandamiento contra el Estado extranjero*” (Volumen I, 1990, pág. 93).

Aun con esta variación hecha, varios miembros de la CDI continuando considerando que el contenido del apartado c) del párrafo 2 del artículo 11 “*podría vulnerar el principio según el cual se puede ejercer acciones contra el Estado extranjero en materia de contratos de trabajo*” (Volumen I, 1983, pág. 54). De hecho se manifestó que de mantener el contenido del apartado c), la excepción por contratos de trabajo no tendría razón de existir, como expuso el representante de Países Bajos en el debate de la CDI de 1983 (Volumen I, 1983, pág. 55):

El despido es una rescisión unilateral del contrato y, como tal, constituye una grave violación del contrato. Si se ha de conceder la inmunidad en ese caso, más valdría suprimir por completo el artículo 13.

También Bélgica en sus comentario al proyecto de artículos presentado en 1993 (Asamblea General, 13 de agosto de 1993, pág. 4), señaló que a su parecer las excepciones establecidas en el párrafo 2 del artículo 11 estaban definidas de manera demasiado amplia. Señaló al respecto que “*el pretendido equilibrio entre los intereses del Estado empleador y los del*



Estado del foro por lo que respecta a la aplicación de su legislación laboral podría resentirse e inclinarse excesivamente a favor del primero”.

d.3. Determinación de los actos de despido y reposición como iure gestionis

Como antes se desarrolló, con el fin de conciliar interés contrapuestos, la CDI identificó que los actos de nombramientos y destitución constituyen actos del Estado empleador en “ejercicio de una función gubernamental” o “en ejercicio de prerrogativas de poder público” (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 37). Subsecuentemente, se reservó la inmunidad jurisdiccional para ellos en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades, donde se establece la aplicación de la inmunidad cuando en un proceso se busque la reposición de un empleado despedido.

No obstante, la cualificación del acto de nombramiento y despido, y consecuentemente la reposición, como actos “en ejercicio de prerrogativas de poder público” no necesariamente es la cualificación definitiva que deba asumirse para estos actos, más aun cuando esta conclusión no obedece a un razonamiento lógico, sino que fue extraída de la práctica judicial de los Estados como lo señaló el relator especial en el debate de la CDI de 1983 (Volumen I, 1983, pág. 60).



El enunciado que reza “*actos en el ejercicio de prerrogativas de poder público*” con el que identifico la CDI al despido y decisión de nombra o recontractar del Estado extranjero, hace referencia a aquellos actos en los cuales el Estado extranjero empleador tiene la potestad de decisión soberana en lo que respecta a sus contrataciones laborales en el extranjero, es decir que el nombramiento y el despido constituyen desde tal perspectiva un *acta iure imperii*. Pero antes de dar por sentada esta calificación, deben tomar en cuenta algunas consideraciones.

Primero, la cualificación de “*actos en ejercicio de prerrogativas de poder público*” no es exclusiva de los actos de nombramiento y despido y subsecuente reposición, por el contrario, esta prerrogativa está presente en todas las disposiciones del Estado extranjero como empleador. En el informe de la CDI de 1983 (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 37), se ha establecido que, al igual que el acto de nombramiento y despido, las demás cuestiones que suponen el contrató de empleo gozan de prerrogativas de poder público; de hecho, fue tal identificación lo que llevo a que en la práctica judicial de los Estados no se aplicara, hasta el primer informe de 1983 de la CDI, la excepción por contratos de empleo. En este informe la CDI señaló:

A pesar de los titubeos primeros en materia de jurisprudencia, la práctica de los Estados reciente parece considerar las cuestiones de relaciones laborales o contratos de empleo en substancia como asuntos con respecto a los cuales los organismos de Estados extranjeros tienen derecho a inmunidades mientras se establezca que los



organismos en cuestión actuaron en el ejercicio de prerrogativas de poder público.
(Vol. II Primera parte, 1983, pág. 38)

En este sentido, no solamente el acto de nombramiento o despido suponen “actos en ejercicio de prerrogativas de poder público”, sino que toda actividad ejecutada por un Estado puede –en alguna medida- calificarse como tal. Así lo manifestó la CDI (Vol. II Primera parte, 1982, pág. 258) tanto de forma general para todos los actos del Estado: *“todas las actividades de los Estados están destinados a usos públicos”*, como específicamente para la excepción por contratos de trabajo: *“un contrato de trabajo concertado por un Estado tiene todas las posibilidades de estar, aunque sea muy indirectamente, relacionado con el ejercicio del poder público”* (Volumen I, 1990, pág. 317).

Entonces, resulta que aun cuando los actos de nombramiento y despido, y consecuentemente la reposición se identifiquen como una expresión clara del uso de facultades de poder de decisión y consecuentemente pasibles de la aplicación de la inmunidad de jurisdicción, todo acto del Estado extranjero supone poder de decisión y función gubernamental. Por esta razón, las declaraciones de la CDI como: *“la jurisprudencia indica que las demandas de reposición quedan excluidas de la jurisdicción de los tribunales locales, porque la reposición como el nombramiento, constituyen un ejercicio de una función gubernamental”* (Volumen I, 1983, pág. 60), pierden vigor en tanto se considere que el uso de prerrogativas de poder público no puede ser utilizado como



un factor diferenciador entre las actividades el Estado, al menos en lo respectivo a los contratos de trabajo.

Un segundo punto es el que identifica a la esfera de los contratos de trabajo por parte de un Estado extranjero como un contrato comercial, y este hecho abarca todos los actos que se ejecuten al interior de una contratación laboral, incluidos el nombramiento, despido y reposición. Webb (2016, pág. 758) señala que la excepción del contrato de empleo está relacionada con la excepción más amplia para actividades comerciales o transacciones. Muestra de ello es que encontramos que en algunos instrumentos sobre inmunidad estatal, como la ley canadiense y la FSIA de los Estados Unidos, que los contratos de trabajo no están expresamente previstos, toda vez que en tales casos *“la mayoría de esos contratos quedarán comprendidos en la excepción relativa a la actividad profesional o comercial”* (Volumen I, 1983, pág. 70). Así, en los debates de la CDI, el representante de Estados Unidos expresó:

La legislación de los Estados Unidos de América no contiene ninguna disposición concreta sobre contratos de trabajo, no cabe duda de que esos contratos quedan comprendidos en el ámbito de la excepción relativa a la actividad comercial general que se hace en el apartado a del párrafo 2 de la sección 1605 de la Foreign Sovereign Immunities Act of 1976. (Volumen I, 1990, pág. 79).

La CDI también advirtió la identificación de los contratos de trabajo con los contratos comerciales, como en el informe de 1983 (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 38) donde la



CDI refirió que los tribunales italianos consideraron a los contratos de empleo como transacciones normales entre un Estado extranjero y los ciudadanos locales sujetos a la jurisdicción de los tribunales italianos. Más recientemente en 1999, el grupo de trabajo de la CDI (Vol. II Segunda parte , 1999, pág. 176) señaló que del extracto de la jurisprudencia en materia de contratos de trabajo e inmunidad en el periodo que va de 1991 a 1999, *“la jurisprudencia pertinente ha considerado a menudo que un contrato de trabajo era simplemente un tipo especial de contrato comercial/de derecho privado”*.

Apoya esta posición algunas decisiones de tribunales nacionales, como la sentada por la Corte Suprema de Polonia den el caso “Maciej K” del año 2000, en el que se demandó a una embajada extranjera sobre un despido cuya notificación fue alegada ineficaz. En este caso la corte sostuvo que tenía jurisdicción sobre la disputa y que el Estado extranjero no era inmune sobre la siguiente consideración:

“the Embassy appears in the case under consideration as an employer, and in this capacity, it does not execute acts of public authority of a foreign state, but rather acts as a party to a civil law transaction” [la Embajada aparece en el caso bajo consideración como empleador, y en esta capacidad, no ejecuta actos de autoridad pública de un Estado extranjero, sino que actúa como parte en una transacción de derecho civil (Center for Global Legal Challenges Yale Law School Yale University, 2015, pág. 21).



Sin embargo, en los trabajos preparatorios de la CDI se consideró que los contratos individuales de trabajo podían constituir una disposición independiente, razón por la que tal esfera de actividad quedo excluida de lo que supone una “transacción mercantil” (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 20). Aun así, la consideración de un contrato de trabajo como un contrato comercial nos conduce a la tendencia históricamente generalizada según la cual ante contratos o transacciones comerciales se niega categóricamente la inmunidad.

Ahora bien, al ser la contratación laboral y los actos derivados de la relación jurídica resultante de naturaleza comercial, estos actos constituyen actos privados y no públicos, es decir *acta iure gestionis*. Cabe precisar que este razonamiento es aplicable a las relaciones laborales en las cuales el derecho aplicable sea el derecho laboral del Estado del foro, y no así el derecho administrativo del Estado empleador, en tanto que al primer grupo es contratado en el llamado “sector privado”.

En el informe del grupo de trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de 1999 (Vol. II Segunda parte , 1999, pág. 182), se concluyó que de los casos examinados sobre contratos de trabajo en el periodo de 1991 a 1999, se advierte “*una tendencia en los tribunales a decidir que son competentes para conocer de controversias relativas a contratos de trabajo cuando el trabajo se corresponda con el del sector privado*”.

En este sentido, algunos tribunales nacionales, considerando que el acto de despido –y consecuente reposición- son como actos privados y no públicos, han decidido aplicar su



jurisdicción negando la inmunidad al Estado empleador. Por ejemplo, La Corte de Casación italiana en el caso “*Quattri contra la Embajada de Noruega*” refirió que en virtud del derecho internacional no existe inmunidad respecto de actos realizados por el Estado extranjero en calidad de persona ordinaria regida por el derecho privado del Estado receptor, incluso si tales actos son necesarios para el establecimiento, la organización y el buen funcionamiento de una agencia oficial del Estado extranjero. (Lauterparcht, 1999, pág. 525)

La Corte Suprema portuguesa en un caso por despido injusto contra el Estado de Israel, defendió su jurisdicción estableciendo que la inmunidad no abarca los actos practicados por el Estado extranjero que podrían haber sido realizados por una persona privada, sino solo aquellos que manifiestan su soberanía. Agregó que los criterios para distinguir los diferentes tipos de actividades no son fijos y evolucionan de acuerdo con la práctica de los tribunales, de los diferentes Estados que componen la comunidad internacional. (A. (individual) v. Israel (State), 2002)

La Corte Distrital Ámsterdam (The Kingdom of Morocco v. Stichting Revalidatie Centrum "De Trappenberg", 1978) ha señalado que la inmunidad no es aplicable en los casos en que un Estado se involucre en situaciones jurídicas, no como una autoridad pública, sino a título privado, como lo hace en un contrato de empleo. Agregó el interesante comentario de que el acto *iure gestionis* no solo surge cuando el Estado asume una obligación al establecer



relaciones en el ámbito del derecho privado, sino también cuando dicha obligación surge de la ley misma.

En un caso ante el Tribunal Supremo de Polonia, se declaró que la inmunidad jurisdiccional del Estado solo puede aplicarse a los actos de un Estado extranjero con respecto a los actos de las autoridades públicas, mientras que es imposible vincular la inmunidad del Estado a los actos de sus órganos dentro del ámbito de las transacciones de derecho civil. En esa decisión, el Tribunal Supremo declaró que el tribunal laboral polaco tiene jurisdicción en el caso presentado por el ciudadano polaco contra la embajada extranjera en relación con la ineficacia de dar el aviso de terminación del empleo. (Polish citizen v. Embassy of Foreign State, 2000)

También al interior de la CDI se ha considerado como *iure gestionis* todas las actuaciones de un Estado dentro de lo que supone un contrato de trabajo. El representante de Suiza refirió que “*el hecho de que un Estado entre en una relación con un particular fuera de sus fronteras y en el territorio de otro Estado, sin que estén en juego sus relaciones diplomáticas con éste, indica claramente que se trata de un acto jure gestionis*” (Vol. II Primera parte , 1988, pág. 97).

Aun cuando la misión diplomática que emplea tenga funciones plenamente soberanas, como una embajada o consulado, en contraste con una misión que realiza actividades privadas como una agencia comercial, la contratación laboral sigue siendo considerada



como una contratación privada. Así, en el caso “Mahamdia v. Argelia” de 2013, el Tribunal de Justicia Europeo sostuvo que una embajada puede actuar como un organismo soberano y como una entidad privada.

In the dispute in the main proceedings, it should be recalled that the functions of an embassy, as stated in Article 3 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, consist essentially in representing the sending State, protecting the interests of the sending State, and promoting relations with the receiving State. In the exercise of those functions, the embassy, like any other public entity, can act *iure gestionis* and acquire rights and obligations of a civil nature, in particular as a result of concluding private law contracts. That is the case where it concludes contracts of employment with persons who do not perform functions which fall within the exercise of public powers.

[En el litigio principal, debe recordarse que las funciones de una embajada, tal como se establece en el artículo 3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, consisten esencialmente en representar al Estado que envía, proteger los intereses del Estado que envía y promover relaciones con el Estado receptor. En el ejercicio de esas funciones, la embajada, como cualquier otra entidad pública, puede realizar actos *iure gestionis* y adquirir derechos y obligaciones de naturaleza civil, en particular como resultado de la celebración de contratos de derecho privado. Ese es el caso donde la embajada concluye contratos de empleo con personas que no realizan funciones que caen dentro del ejercicio de los poderes



públicos] (Ahmed Mahamdia v. People's Democratic Republic of Algeria, Judgment Grand Chamber, 2012, pág. párrafo 49)

Ahora, no solamente el establecimiento del contrato laboral supone un acto privado, también el quebrantamiento de las obligaciones contraídas. En el caso "In Bah v. Libyan Embassy" de 2005 ante el Tribunal Industrial de Botswana, se sostuvo que el tribunal tenía jurisdicción sobre el caso en tanto que una acción o demanda legal que surja del incumplimiento del contrato de trabajo o de la Ley de Empleo, implica una transacción de derecho privado y es justiciable. Esta decisión fue reafirmada tres años después en el caso "Dube and Rabasha v. American Embassy/Botusa" donde se negó la inmunidad a la embajada de los Estados Unidos en Botswana. (Center for Global Legal Challenges Yale Law School Yale University, 2015, pág. 20) y esto se aplica claramente a aun despido que pueda constituir un acto ilegal.

Ahora, hemos visto que para determinar si un acto del Estado constituye *acta iure imperii* o *acta iure gestionis*, los criterios de identificación son de utilidad. Teniendo en cuenta que los contratos de trabajo constituyen actos de naturaleza comercial, es el criterio naturaleza el pertinente para evaluar la naturaleza de los actos despido y reposición. El test del criterio naturaleza puede desarrollarse de la siguiente forma: ¿es el acto de despido que ejecuta un Estado extranjero sobre un empleado contratado bajo un régimen privado un acto exclusivo del poder soberano? ¿puede ser también realizado por un empleador privado? La respuesta es evidente, el despido o la destitución de un empleado no es un acto exclusivo de los



Estados. De hecho, el acto de despido o destitución (agreguemos aquí el de nombramiento) es una prerrogativa de la que goza cualquier empleador, siempre que dicho despido o destitución no constituya ilegalidad (según cada sistema jurídico).

Respecto a la reposición de un empleado, este no constituye un acto del Estado propiamente dicho, sino una obligación que se impone a los empleadores ante la declaración de un despido ilegal. La reposición puede ser equiparada, para su análisis, con el acto de nombramiento, en cuyo caso el test del criterio naturaleza al acto de nombramiento podría realizarse así: ¿Es el acto de la decisión de nombramiento un acto exclusivo de la función de los Estados? ¿la decisión de nombramiento también puede ser realizada por cualquier empleador privado? La respuesta también es clara: la decisión de nombramiento no constituye un acto exclusivo de los Estados, sino que está presente en la libertad de la que goza un empleador en la elección de su personal de trabajo.

A este respecto, conviene decir que la diferencia sustancial entre el acto de nombramiento y la reposición es que el nombramiento supone un cierto nivel de arbitrariedad en la decisión por parte del Estado empleador como de cualquier empleador, puesto que ambos pueden decidir nombrar o no a una persona. Esto no sucede con el acto de reposición que resulta ser una obligación derivada de la declaración de ilegalidad de un despido y que escapa de la voluntad del Estado que emplea.



Un criterio interesante para apreciar los actos de un Estado en el contexto de un contrato de empleo es el que propuso el Tribunal Constitucional Alemán, citado por la CDI (Vol. II Primera parte, 1989, pág. 67), referido a que para determinar si un acto constituye o *iure imperii* o *iure gestionis*, puede recurrirse además de la naturaleza del acto, a la “relación jurídica resultante”, es decir si la relación jurídica existente se rige por el derecho público o el privado. La aplicación de este criterio vuelve a indicar que el acto de despido y la reposición constituyen actos *iure gestionis*, en tanto que la relación existente entre el Estado empleador y en trabajador, como las actuaciones que se desarrollen al interior de ésta, están gobernadas por el derecho privado del Estado del foro.

El examen de la “relación jurídica resultante” también fue considerada por la CDI que estableció que este criterio debía considerarse de forma conjunta con la aplicación del criterio naturaleza a la hora de evaluar los contratos de trabajo y la contratación laboral (Vol. II Primera parte, 1989, pág. 67).

Por todas las consideraciones hasta aquí expuestas, se advierte que el acto de despido, nombramiento y la reposición no son actos que supongan *iure imperii*, sino más bien *acta iure gestionis* sobre las cuales la jurisdicción de los tribunales estatales puede bien ser aplicada dejando de lado la inmunidad del Estado extranjero empleador. Se arriba a esta conclusión considerando básicamente i) que el “ejercicio de prerrogativas de poder público” que está presente en el acto de despido ejecutado por un Estado empleador también está presente en todos los actos ejecutados por este, ii) se ha identificado a los



contratos de trabajo como contratos de naturaleza comercial para los fines del estudio de la inmunidad del Estado, iii) se ha establecido que los contratos de empleo constituyen un acto de derecho privado y iv) aplicando el criterio naturaleza se concluye que el acto de despido y de reposición, como el acto de nombramiento, constituyen *acta iure gestionis*.

d.4. La independencia del Estado y prerrogativa de organización como base para la inmunidad en los casos de despido y reposición

Hasta ahora hemos visto que el establecimiento de la inmunidad para los procesos en los cuales se busque la reposición del empleado está basado fundamentalmente en el enfoque ecléctico con el cual la Convención sobre inmunidades fue redactada y no así a una caracterización del acto de despido como un *acta iure imperii*.

Pero además del enfoque ecléctico, en la CDI se discutió el supuesto que el Estado del foro ordene a un Estado extranjero la reposición de un empleado, crea un escenario en el que se cuestiona la independencia y la soberanía que se debe a un Estado extranjero, en tanto una orden de este tipo supone intromisión del Estado del foro en los asuntos internos, la organización y manejo de la misión diplomática, y por consiguiente una vulneración a la independencia y la soberanía del Estado extranjero.



Tal intervención se presentaría en dos etapas del proceso sobre reposición laboral producto de la alegación de un despido ilegal en el que –de darse el caso- el tribunal ejerza su jurisdicción. Una primera etapa se presenta en la sustanciación del proceso, donde el tribunal de foro tendrá la tarea de determinar la legalidad del acto de despido, lo que supone que el tribunal "examine los motivos de la terminación o solicite al Estado empleador que justifique la terminación" (Center for Global Legal Challenges Yale Law School Yale University, 2015, pág. 34). Según algunas posiciones, examinar o cuestionar y exigir las razones de las decisiones o el comportamiento de un Estado extranjero, o en el caso laboral, evaluar y jugar sobre la forma en como el Estado extranjero maneja, trata, contrata y regula a su personal, aun cuando estas decisiones sean tomadas sobre empleados pertenecientes al Estado del foro, representa un intromisión en la estructuración y manejo interno de la misión diplomática y consecuentemente una vulneración e interferencia a su independencia y soberanía. (Center for Global Legal Challenges Yale Law School Yale University, 2015, pág. 38)

Garnett, citado por Webb (2016, pág. 752), refiere que existe un determinado impacto en la soberanía del Estado en relación con "tres r" (refiriéndose a "recruitment", "renewal" y "reinstatement"), pero que forman parte de este espectro también las reclamaciones de compensación o interpretación contractual, sin embargo, la incidencia del segundo grupo es menor. Por esta razón, Olivia (2016, pág. 200) señala que en el apartado c) del segundo párrafo del artículo 11, el acto de nombramientos y renovación de contrato han sido considerados junto con la reposición, ya que la lógica planteada viene a ser la misma: "*el*



Estado del foro no puede obligar al Estado extranjero a seleccionar a los contratados locales u obligarle a contratar a cualquier persona contra su voluntad”.

Center for Global Legal Challenges (2015, pág. 28) señala que en la práctica de los Estados existe una sensación de que no se debe ejercer jurisdicción cuando ésta requiera una intrusión en la vida interna de una misión o representación de un Estado extranjero o un examen de su política de personal. Muchos tribunales no se sienten permitidos de examinar la justificación o las razones para la decisión de un despido por parte del Estado extranjero empleador, como por ejemplo la decisión de la Corte laboral de Ginebra en 1994 en la cual se manifestó que no se convocaría al Estado empleador con el objeto de justificar su decisión de despedir a un empleado.

Center for Global Legal Challenges señala que la lógica que establece la no intrusión en asuntos internos de la misión diplomática, aplica tanto para despidos individuales como para casos de despidos colectivos, sobre los cuales los tribunales del Estado del foro no deberían –bajo la lógica expuesta- ejercer jurisdicción en busca de una declaración de que los despidos fueron ilegales o injustificados. (Center for Global Legal Challenges Yale Law School Yale University, 2015, pág. 28), aun cuando un despido masivo tenga una fuerte repercusión en los intereses del Estado del foro, como es la protección de su fuerza de trabajo local y la protección de la paz y estabilidad social.



Una segunda etapa del proceso es la que considera la ejecución, es decir la reposición efectiva del empleado despedido. En los debates de la CDI se ha manifestado que “no parece que pueda haber duda en cuanto a que las autoridades de un Estado no pueden obligar a otro Estado a que siga empleando a un determinado individuo” (Volumen I, 1983, pág. 55). Este punto no es abarcado en el presente trabajo en tanto que la ejecución de un proceso está comprendido en lo que supone la inmunidad de ejecución del Estado, que obedece a reglas independientes de la inmunidad de jurisdiccion, así como, según Oliva Izquierdo (2016, pág. 200), a consideraciones a disposiciones sobre relaciones diplomáticas de la Convención de Viena de 1961.

Así, en razón a la lógica de no intrusión y a la dificultad que representa que el Estado del foro ejecute la reposición de un empleado despedido, es que la Convención sobre inmunidades ha establecido la inmunidad cuando el proceso verse sobre reposición. También algunos tribunales han aplicado este razonamiento para otorgar la inmunidad al Estado demandado, por los que es usual encontrar casos en los cuales se solicite paralelamente la pretensión de reposición laboral y pretensiones económicas (como el pago de compensaciones, salarios atrasados o pago de horas extras), amparando únicamente la segunda pretensión, como por ejemplo en el caso “Bentley v. Consulate General of Barbados/Invest Barbados” de 2010 ante el tribunal de derechos humanos de Ontario, en el que se establecieron dos pretensiones, la primera referida a una acción para el pago de daños y perjuicios por despido injustificado y la segunda sobre el reclamo presentado de conformidad con la sección 34 del Código de Derechos Humanos de Ontario alegando que



la demandante había sido despedida porque estaba embarazada, caso en el que se dio procedencia a la acción sobre pago de daños y perjuicios mas no a nulidad del despido. (Center for Global Legal Challenges Yale Law School Yale University, 2015, pág. 38)

Ahora bien, la identificación de la aplicación de jurisdicción como un acto de intromisión en la soberanía e independencia del Estado del foro no está referida directamente a los actos de nombramiento, renovación de contrato y reposición, sino que está vinculado al acto de despido propiamente dicho. Por ejemplo, los tribunales italianos se han negado a ejercer jurisdicción sobre las reclamaciones de reincorporación, reclamaciones por declaraciones de que un despido fue ilegal o el pago de daños por despido ilegal, porque todos estos reclamos suponen investigar los motivos del despido. (Center for Global Legal Challenges Yale Law School Yale University, 2015, pág. 35) Atteritano (2009, pág. 43) señala que el Tribunal Supremo italiano negó su competencia respecto de las reclamaciones de indemnización derivadas del despido ilegal de empleados, bajo la lógica de la no intrusión: en tales casos se requiere una investigación de los motivos del despido y la aplicación de jurisdicción afecta el libre ejercicio del poder de auto organización del Estado extranjero.

De hecho, en el estudio realizado por Center for Global Legal Challenges (2015) se estableció que los tribunales italianos se han negado a ejercer su jurisdicción no solamente cuando la pretensión buscada es la reposición del trabajador, sino también sobre las siguientes pretensiones a las cuales consideran intrusivas: i) declaración de la ilegalidad del despido, ii) compensación por despido en lugar de reincorporación, iii) pago de daños



y perjuicios derivados de un despido ilegal, iv) declaración de despido no válido, v) compensación por pérdidas relacionadas con el despido ilegal, vi) compensación por salarios indebidamente entregados en montos menores a los correspondientes al cargo y función, entre otras.

De tal forma que, si se considera el factor de la independencia del Estado, se llegara al punto de considerar también cualquier otra pretensión económica derivada de un acto de despido, como la que busque el pago de una indemnización, como intromisión en los asuntos internos por parte del Estado del foro en la misión diplomática de que se trate. Por esta razón, en la CDI se sugirió que se agregara al final del apartado c) del párrafo 2 una disposición en el siguiente sentido:

“sin perjuicio del recurso que pudiera interponer el trabajador en el Estado del foro para pedir indemnización monetaria por despido injusto.” (Asamblea General , 3 de noviembre de 1992, pág. 6)

La inclusión de esta disposición tenía la intención de aclarar que un Estado pudiera invocar inmunidad de jurisdicción ante el tribunal del Estado del foro con respecto a la contratación y reposición de una persona, pero no con respecto a la indemnización monetaria por despido injusto. No obstante, pese a que algunas delegaciones consideraron que la adición propuesta mejoraba el texto, otros expresaron el temor de que el proceso por el cual se establecería el carácter injusto del despido podría infringir la inmunidad del Estado.



Desde mi punto de vista, el mantenimiento de la lógica de no intrusión restringe el ámbito de la excepción a la inmunidad por contratos de empleo incluso a aquellas esferas en las cuales la CDI y la Convención sobre inmunidades consideran que la inmunidad no se aplica. Además, una consideración así planteada se aferra a la percepción de la inmunidad como prerrogativa absoluta, en tanto que impide el surgimiento de nuevas excepciones a la norma de la inmunidad.

Existen en este sentido otros supuestos cuyo juzgamiento requiere que el tribunal del Estado del foro realice una evaluación del comportamiento de un Estado o se requiera al Estado extranjero información sobre sus actividades como empleador. Webb señala que los casos más desafiantes son por ejemplo aquellos referidos a la discriminación y el acoso sexual contra un trabajador dentro de la misión diplomática, y cita como ejemplo el caso “Cudak v. Lituania” de 2010 ante el TEDH, donde la trabajadora de una embajada polaca alegó haber sido despedida después de haber denunciado el acoso sexual cometido por un colega. En este caso, el tribunal sostuvo que la inmunidad no impedía la procedencia de la demanda en tanto que el despido no fue el resultado de ninguna acción que pudiera amenazar con socavar los intereses de seguridad del Estado. (Webb, 2016, pág. 752)

Junto con este pronunciamiento del TEDH, existen otros casos en los cuales los tribunales dieron procedencia a la demanda aun cuando se cuestione el comportamiento de un Estado. Por ejemplo, en el caso “Kuwait v. Abd El Gail” de 2006, citado por Atteritano (2009, pág. 45), la Corte de Casación italiana juzgó sobre un caso de mobbing o acoso laboral, y ordeno



al Estado de Kuwait el pago de una indemnización al empleado. Sobre este caso Atteriano señala que el Tribunal Supremo dejó una puerta abierta para la institución de demandas de acoso moral contra Estados extranjeros. Agregó que, al juzgar este tipo de disputas, los tribunales del Estado del foro no interfieren con el ejercicio de un poder de auto organización por parte del Estado extranjero, ya que las investigaciones judiciales se refieren al acoso del empleado y al comportamiento del empleador, y no a la organización del Estado.

Lintner cita la sentencia en el caso “*Harrington v United States*” decidido en marzo 2015, en el cual el tribunal señaló que la determinación de “trato menos favorable” implicaría investigar los actos invocados que dan lugar a esta queja, pero que ello no supone ninguna investigación sobre la gestión operativa de la misión diplomática y tampoco supone una interferencia con las funciones soberanas de los Estados Unidos (Lintner, *The State of State Immunity in Employment Disputes: Benkharbouche and Beyond*, 2015, pág. 14)

Webb (2016, pág. 752) señala que aun cuando tribunales como el TEDH en el caso *Fogarty v. United Kingdom*”, sostienen que las cuestiones relacionadas con la contratación de personal de la embajada involucran cuestiones delicadas y confidenciales que los tribunales no deberían revisar, hay algunos casos en que los tribunales han permitido que se proceda con demandas relacionadas con el despido o la reposiciones. Ejemplo de ello son las diferentes sentencias citadas previamente donde tribunales han denegado la inmunidad sobre demandas cuya pretensión fue la reposición, sobre todo en los tribunales españoles



de donde se ha extraído mayor practica en este sentido. Carrera Hernández (2007, pág. 93) señala que los tribunales españoles se han inclinado a considerar que la jurisdicción se aplica a despido aun cuando es *iure imperii*, ya que han seguido considerando que los procedimientos sobre despidos del personal contratado en Embajadas o consulados no quedan protegidos por el paraguas de las inmunidades del Estado.

d.5. Otras consideraciones para la procedencia de demandas sobre reposición laboral

No obstante, el carácter ecléctico presente en la convención sobre inmunidades y la cuestión de independencia y soberanía, que han determinado el establecimiento del apartado c) del segundo párrafo del artículo 11; en la CDI se han manifestado posiciones según las cuales la excepción por contratos de trabajo debería prosperar para todos los procesos incoados dentro de esta esfera de actividad, incluyendo aquellos que busquen la reposición del empleado despedido. Si bien estas posiciones no han prosperado en la redacción de la Convención, si dejan un camino abierto para el desarrollo progresivo de la norma de la inmunidad respecto a los contratos de trabajo.

De esta forma, la CDI consideró que el tema de la excepción por contratos de trabajo era un tema suma importancia en tanto que no solo se trata de una relación meramente



comercial, sino que el contrato de trabajo supone otras consideraciones tales como la asimetría de poder dentro del contrato y la protección de los empleados frente a la inestabilidad laboral. Webb (2016, pág. 767) señala que el empleo no es una transacción puramente contractual y económica sino que constituye una de las relaciones más importantes actividades en nuestras vidas adultas, la cual esta incrustada de poder y madura con el potencial de explotación, razón por la cual esta relación debe abrirse al escrutinio judicial.

En el debate de la CDI de 1983 (Volumen I, 1983, pág. 75), el representante de China señaló que la excepción de contratos de trabajo *“implica además la aplicación de leyes que son importantes para el bienestar económico de la población de los países interesados”* y en tal sentido señaló la pertinencia de un estudio sobre esta excepción principalmente por 3 razones:

1. En primer lugar, la cuestión de la aplicación de las leyes laborales es de suma importancia para la protección de la parte más débil en un contrato de trabajo. El ejercicio de la jurisdicción es una condición esencial para la aplicación eficaz de las leyes laborales locales, y puede ser que el Estado del foro considere como cuestión de orden público que las relaciones laborales se rijan por sus propias leyes cuando se trata de servicios realizados dentro de su territorio
2. En segundo lugar, puede ser que el Estado del foro se considere en el deber de proteger a sus nacionales o residentes



3. En tercer lugar, el ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro puede inducir a la observancia de las leyes laborales locales y aliviar los problemas de desempleo.

En este pronunciamiento, se resaltan tres cuestiones que son fundamentales para apreciar lo que supone un contrato de trabajo respecto a la norma de la inmunidad jurisdiccional de los Estados. Primero, que en un contrato de trabajo existen dos elementos esenciales: dos Estados soberanos afectados y la persona natural que es empleada por el Estado extranjero (Vol. II Segunda parte , 1991, pág. 45). A este respecto, el empleado se encuentra en una situación de subordinación frente a su empleador que es Estado extranjero, subordinación que es propia de los contratos de trabajo, razón por la cual la garantía de sus derechos reside en la protección jurídica que debe recibir del Estado del foro. En este sentido, Suiza manifestó en sus comentarios al primer proyecto de artículos de la Convención (Vol. II Primera parte , 1988, pág. 97), es preciso ponderar los tres intereses en juego: *“el del Estado extranjero en beneficiarse con la inmunidad, el del Estado del foro en ejercer su soberanía jurisdiccional y el del demandante en obtener la protección judicial de sus derechos”*.

En este sentido, las garantías para el trabajador solo pueden ser brindadas por el Estado del foro a través del control judicial de la aplicación de sus normas laborales. El representante de Países bajos refirió en el debate de 1983 (Volumen I, 1983, pág. 54) que se debe tener en cuenta, entre otros factores, *“la medida en que el ius cogens interno protege a la parte contratante más vulnerable, es decir, el trabajador”*. Bélgica también ha reconocido el interés del empleado como parte pertinente de la excepción, señalando en su comentario al



proyecto de artículos de 1991 que se debe tener en cuenta dos criterios: i) el interés abstracto del Estado del foro en la reglamentación y aplicación en su territorio de su legislación laboral y ii) la necesidad concreta de conceder a la persona física garantías de protección jurídica. (Asamblea General, 13 de agosto de 1993, pág. 4)

Esto trae como corolario en segundo punto, que es la protección que el Estado del foro brinda a su población, lo que constituye a nivel externo un derecho que debe ser respetado por los demás Estados que ingresen a su territorio y a nivel interno un deber del Estado para con sus nacionales.

Finalmente, el empleo que da un Estado extranjero en el Estado del foro está estrechamente relacionado con el factor social interno, como es el mantenimiento de la estabilidad social y económica de un país, la lucha contra el desempleo, la lucha contra la informalidad laboral, la lucha contra el acoso laboral, entre otros; cuestiones que ya no tienen solamente una incidencia sobre el empleado despedido como individuo, sino que acoge a la colectividad que supone la mano de obra local. El representante de los Estados Unidos manifestó en el debate de la CDI de 1991 que *“los gobiernos tienen un interés claro en reglamentar el comportamiento de todos los empleadores y empleados en su territorio”*. (Asamblea General, 4 de agosto de 1992, pág. 23)

Ahora bien, también se ha remarcado en la CDI que la disposición del apartado c del segundo párrafo del artículo 11 es una excepción muy amplia. En el debate de la CDI de



1990, el relator especial señaló que el alcance de esta disposición es tan grande que *“prácticamente contradice el principio de la falta de inmunidad aplicable al Estado empleador, principio que se entiende es generalmente aceptable”* (Volumen I, 1990, pág. 66).

Además de ello, se advirtió que el ámbito de aplicación a la excepción por contratos de trabajo en el proyecto de artículos del a CDI era menor que el establecido en el Convenio europeo sobre inmunidad de los Estados (Vol. II Primera parte , 1988, pág. 63), de esta forma el Relator especial señaló que ni el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, ni la SIA del Reino Unido contienen disposiciones comparables, siendo estas dos últimas normas en las cuales principalmente la CDI se inspiró para la redacción del artículo 11 de la Convención.

Con el establecimiento del apartado c del segundo párrafo dar artículo 11, es muy difícil proteger la posición subordinada y desventajosa del empleado, toda vez que se reactiva en gran parte la inmunidad, y reduce la posibilidad de aplicar el derecho laboral local, sustrayendo de la aplicación del párrafo 1 la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de un candidato, como lo ha manifestado el relator especial en el debate de la CDI de 1989 (Vol. II Segunda parte , 1989, pág. 208).

Por esta razón, en su tercer informe de 1990 (Vol. II Primera parte , 1990, pág. 14), el Relator especial Ogiso sugirió que se suprimiera el apartado c) párrafo 2 del artículo 11, al



igual que otros miembros de la CDI (Volumen I, 1990, págs. 81,87), en tanto que “*si se pudiera invocar la inmunidad en los procesos relacionados con la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de un candidato, quedaría poco que pudieran proteger los tribunales locales*”. El mismo comité de redacción de la CDI, en su informe a la CDI (Volumen I, 1990, pág. 317), señaló que varios gobiernos preconizaban la supresión del apartado c), comprobando que los supuestos allí contenidos habían sido criticados esencialmente por razón de su alcance, que se consideraba excesivamente amplio.

La consideración a su amplio alcance está referida por una parte a que el despido es la principal razón, según examino la CDI, por la cual los Estados extranjeros son demandados como empleadores. El representante de China (Volumen I, 1983, pág. 75) resalto que establecer la inmunidad para casos de reposición colocaría a la mayoría de los casos difíciles fuera del campo de aplicación de la excepción por contratos de trabajo, cuando los demás problemas relativos al trabajo son más sencillos y podrían resolverse sin necesidad de acudir a los tribunales locales.

Una posición similar fue sostenida por el representante de Japón en el debate de 1983, donde cuestiono la lógica que se estaba planteando al establecer la inmunidad para los casos con pretensión de reposición en los siguientes términos:

[P]uede interpretarse el artículo 13 en el sentido de que, aunque los empleados locales pueden someter a los tribunales locales controversias menos importantes



relativas a las cláusulas de sus contratos de trabajo, no pueden protegerse contra el despido por el Estado extranjero empleador, aunque el despido represente para los empleados la medida más rigurosa que el empleador pueda adoptar contra ellos. (...) si la medida más rigurosa que un Estado extranjero empleador puede adoptar está inmune de la jurisdicción local será lógico que la inmunidad se aplique a las demás condiciones de los contratos de trabajo. (Volumen I, 1983, pág. 78)

Siguiendo esta perspectiva, el representante de Argelia manifestó en el debate de 1983 (Volumen I, 1983, pág. 62) que el despido representa la sanción más grave contra el empleado y es difícil comprender por qué razón un Estado que envía podría dejar de observar el código laboral local con respecto a los despidos. Por esta razón, este miembro propuso que los Estados extranjeros empleadores deberían justificar todo despido a fin de que los tribunales puedan ejercer un control examinando los motivos, pero con el establecimiento del apartado c) se excluye esta posibilidad. En este mismo debate (Volumen I, 1983, pág. 65), el representante de Madagascar asumió la misma posición:

“Indudablemente los despidos son la causa de la mayoría de los conflictos laborales entre empleados y empleadores, y si esa categoría no se incluyera en el campo de aplicación del párrafo 1, la Comisión iría en contra de los principios de justicia social. De ahí que el apartado a [ahora apartado c] del párrafo 2 sea de utilidad dudosa”



Otros países también se han pronunciado a favor de la supresión del apartado c) del párrafo 2 del artículo 11, como Alemania y Francia quienes expresaron aprobación por el párrafo 1 del artículo y cuestionaron el sentido del literal c) contenido en el párrafo 2 en los comentarios al primer proyecto de artículos (Vol. II Primera parte , 1988).

Existen otros efectos que son corolario de la restricción a la jurisdicción cuando de un proceso con pretensión de reposición se trata, ya que el tema de un despido no solamente implica el retiro de un trabajador de su centro de trabajo, sino que muchas veces es corolario de un acto ilegal. El supuesto más resaltante es que un despido puede muchas veces involucrar casos de discriminación, por lo que este tópico fue tocado en los debates de la CDI (Volumen I, 1983, pág. 64) cuando se señaló que la mayor parte de los Estados han incorporado en su legislación interna el principio de no discriminación, ello principalmente por la ratificación de las convenciones internacionales, muchas de ellas pertinentes a la materia laboral, y que cuentan con carácter imperativo. En este sentido, el representante de los Estados Unidos señaló que en este país se puede interponer acción contra un empleador que deje de contratar a una persona fundándose en que se trata de una discriminación injusta, punto que solicitó se tuviera presente. (Volumen I, 1983, pág. 69)



2.2.2. DERECHO DE ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO

2.2.2.1. Desarrollo histórico

En el escenario internacional, el primer instrumento en consagrar el derecho a un recurso efectivo fue la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre mediante el artículo XVIII que fue adoptado unánimemente en la Conferencia de Bogotá el 30 de abril de 1948. Dávila (2015) explica que la adopción de este derecho surgió por la fuerte influencia de los principios que rigen el recurso de amparo en Latinoamérica, figura que ya entonces se había consagrado en legislaciones nacionales de varios países de la región. Según Dávila, el establecimiento de esta disposición en la Declaración Americana obedeció a la necesidad de reconocer la obligación del Estado de proteger los derechos del individuo contra los abusos del poder público, por lo que se hacía necesario someter todo y cualquier abuso de los derechos individuales al juicio del poder judicial en el plano de derecho interno.

Posteriormente, el derecho a un recurso efectivo fue establecido en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH). Cançado Trindade, en su voto razonado en la sentencia del caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia (2006, pág. 167) explica que la disposición del artículo 8 provino del pedido hecho por



las delegaciones de los Estados latinoamericanos, y fue insertada en el texto de la Declaración Universal en la etapa final de los trabajos preparatorios, la misma que aprobada por unanimidad en el plenario de la Asamblea General. En este sentido, se considera que el derecho de acceso a un recurso o acceso a la justicia es la contribución latinoamericana por excelencia a la DUDH y al sistema jurídico universal.

El reconocimiento de este derecho fue replicado posteriormente en convenciones regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), así como en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

Definitivamente el establecimiento del derecho de acceso a un recurso efectivo en el ámbito internacional se convirtió en un imperativo. Francioni (2009) señala que el uso de la fuerza ya había sido prohibido todavía en 1907 mediante la Convención Drago-Porter, primer instrumento internacional que impuso cierto control sobre dicho uso de la fuerza, y sería reafirmado en la Carta de las Naciones Unidas, por lo que resulto lógico que ante la restricción del uso de la fuerza, exista la necesidad del sistema de establecer acceso a los tribunales u otro proceso correctivo como el arbitraje que permita la protección de los derechos de los individuos o también entidades privadas. Marabotto (2003, pág. 293) señala que si el Estado ha monopolizado el poder para la solución de los conflictos que se susciten entre las personas, es claro que se tiene que permitir el fácil acceso de ellas a la



jurisdiccion, de tal forma que exista la posibilidad cierta de que el Estado juzgue sobre el derecho reclamado y otorgue una solución prevista en el ordenamiento jurídico.

2.2.2.2. Concepto

Comúnmente se ha tratado al acceso a un recurso efectivo como sinónimo del acceso a la justicia. De hecho, estos dos términos han sido utilizados de forma alterna en la doctrina y algunos pronunciamientos, otorgando a ambos un contenido similar. Gerards (2017, pág. 13) señala que la denominación de “acceso a la justicia” no se usa comúnmente en terminología legal, razón por la cual no figura bajo tal denominación en tratados de derechos humanos, siendo más bien utilizado en informes o escritos académicos.

No obstante, conviene ahora hacer disquisición entre los conceptos de “acceso a la justicia” y “acceso a un recurso efectivo”. Gerards (2017) señala que el concepto de “acceso a la justicia” aún no está bien definido, no obstante si se puede identificar a qué nociones está conectado, para lo cual identifica un aspecto restringido y otro general. El aspecto restringido está referido al "acceso procesal a la justicia", es decir un concepto que refiere el derecho de poder acceder y hacer uso de tribunales y otros medios para garantizar los derechos, así como verificar los obstáculos existentes. El aspecto amplio está referido a lo que supone el acceso a la justicia como un derecho sustantivo, que abarca cuestiones tales



como un procedimiento idóneo, si el resultado de un proceso es justo y equitativo, o si se logra una justicia material.

Petracchi, citado por Sagüés (s/f, pág. 594), señala que el acceso a la justicia es un concepto amplio que condensa un conjunto de instituciones, principios procesales y garantías jurídicas, así como directrices político-sociales, en cuya virtud el Estado debe ofrecer y realizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables, de modo tal que dicha tutela no resulte retórica, sino práctica. El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, citado por Sagüés (s/f, pág. 597), señala que el acceso a la justicia es *"la posibilidad de que cualquier persona, (...) tenga la puerta abierta para acudir a los sistemas de justicia si así lo desea. Es la posibilidad efectiva de recurrir a sistemas, mecanismos e instancias para la determinación de derechos y la resolución de conflictos"*.

En ese sentido, el "acceso a la justicia" constituye un derecho de contenido abstracto que para su realización comprende diferentes garantías. Sagüés (s/f, pág. 596) enumera algunas de tales garantías, como es el derecho de acción y la legitimidad procesal, el derecho a las etapas mínimas del proceso, defensa, igualdad procesal, justicia pronta, actividad probatoria como también el derecho de acceso aun recursos efectivo, entre otros. Conviene resaltar que, como afirma Sagüés, la enumeración de las garantías antes enunciadas "presenta dificultades motivadas tanto en la multiplicidad terminológica usada por la doctrina como en la evolución interpretativa en virtud de la cual se han incorporado nociones anteriormente no contempladas". De esta forma, la relación existente entre el



“derecho de acceso a la justicia” y el “acceso a un recurso efectivo” resulta ser de género-especie.

El derecho a un recurso efectivo, entendido como protección judicial consagrada en diferentes instrumentos internacionales universales y regionales, verbigracia el Art. 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o el Art 13 de la Convención Europea, recibe diferentes denominaciones, tales como “acceso a la justicia” o “acceso a un tribunal”, “derecho a un remedio”, entre otros. Por esta razón, es menester aquí precisar que, para el presente trabajo, se tomará a un concepto de “acceso a un recurso efectivo” *lato sensu*: aquel elemento del acceso a la justicia que permite al justiciable acceder a un recurso, sea judicial o administrativo, para obtener la cesación, la restitución o la reparación de su derecho vulnerado.

Ventura Robles (2012) señala que el acceso a un recurso efectivo puede ser entendido como la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de sus derechos protegidos. Dávila Pérez (2015, pág. 243) apunta a que mediante el derecho de acceso a un recurso, se habilita el acceso a cualquier mecanismo establecido en ley para la protección de los derechos o libertades que se consideran violentados y establece la posibilidad de que la autoridad, luego de una decisión que determine si ha habido o no una violación, ordene restituir al interesado en el goce de su derecho o repararlo. Es decir, que



este derecho supone obtener de los órganos jurisdiccionales del Estado la tutela de derechos.

Mas no solamente el acceso a un recurso representa una posibilidad, sino que como veremos más adelante, constituye un derecho para los individuos al mismo tiempo que una obligación para el Estado. Francioni (2009, pág. 729) entiende al acceso a un recurso como el derecho a la disponibilidad de recursos legales ante un tribunal u otro mecanismo equivalente de protección judicial o cuasi judicial.

De esta forma, comúnmente se considera que el derecho a un recurso efectivo es un derecho instrumental. Dávila Pérez (2015, pág. 245) establece que a través del ejercicio de este derecho es factible la exigencia de respeto a otros derechos, pues de éste derivan los mecanismos de justiciabilidad que permitirán asegurar, proteger y dar certeza a todos los derechos reconocidos en determinado orden nacional. Así, el acceso a un recurso es también considerado como garantía para el ejercicio efectivo de los demás derechos. Mëngjesi (2015, pág. 7) establece que todos los derechos y libertades serían abstractos si no se reconoce el derecho de acceder al tribunal.

El juez Cançado Trindade, en el voto disidente en el caso “Genie Lacayo contra Nicaragua” (1997, pág. 11), señala que el derecho de acceso a un recurso efectivo “*es una garantía judicial fundamental mucho más importante de lo que uno pueda primar facie suponer, y que jamás puede ser minimizada*”, y agrega además que es uno de los pilares básicos no sólo de



la CADH y otros instrumentos internacionales, sino principalmente del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática, ya que “*su correcta aplicación tiene el sentido de perfeccionar la administración de la justicia a nivel nacional*”. Ventura Robles (2012, pág. 3) comenta que el acceso a un recurso ha sido últimamente visto como un equivalente al mejoramiento de la administración de justicia.

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, citado por Dávila (2015, pág. 247), conceptualiza el acceso a un recurso efectivo como un medio indispensable para combatir la pobreza, prevenir y resolver conflictos y considera que existen fuertes vínculos entre el acceso a la justicia y establecimiento de un gobierno democrático y la reducción de la pobreza; comentario que se condice con el transmitido por la Comunidad Europea, citada por Vilalta (2015, pág. 2089), que establece que el acceso a un recurso efectivo no es más que una brecha entre la ley y la realidad, un derecho humano y un requisito previo para un sistema jurídico eficaz.

Merece aquí precisar que, a nivel de derecho interno, el acceso a un recurso efectivo está estrechamente relacionado con el establecimiento del debido proceso legal. Mëngjesi (2015, pág. 7) señala que ambos conceptos no pueden ser independientes uno del otro. En este sentido, se va a encontrar que los instrumentos de derechos humanos que establecen el derecho en cuestión, también consideran el debido proceso como un derecho. En este sentido encontramos el artículo 6 de la CEDH que establece el debido proceso y posibilita la realización del derecho de acceso a tribunal establecido en el artículo 13, el artículo 8 de



la CADH que trabaja con el artículo 25. Según este autor, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) refiere que no se puede hablar de debido proceso legal cuando el derecho de acceso al tribunal no está garantizado, posición que ha calado en los tribunales nacionales pertenecientes al Consejo de Europa, como por ejemplo la Corte Constitucional de Albania, citada por Mëngjesi (2015, pág. 10), que estableció que la denegación del derecho de acceso a un tribunal y obtener un veredicto de éste por los reclamos planteados, constituye una violación del derecho fundamental a un debido proceso legal.

2.2.2.3. Naturaleza

Se encontrará que el derecho de acceso a un recurso efectivo es comúnmente señalado como un derecho establecido en instrumentos internacionales sobre derechos humanos y también en las constituciones de los países, sin embargo, su contenido también surge de otras fuentes de derecho internacional.



a. Como derecho humano

El acceso a un recurso efectivo es primordialmente reconocido como un derecho humano, derivado de su consagración en instrumentos internacionales de derechos humanos a nivel universal como es en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y a nivel regional como la CADH y la CEDH. A la luz de estos instrumentos, se establece que todas las personas tienen el derecho fundamental de acceder a un tribunal y buscar un remedio, ello como garantía de sus derechos reconocidos en bajo normas internacionales, la constitución y la ley.

Para Langford y Thiele (2005), el derecho de acceso a un recurso efectivo no solo es un medio instrumental, en el sentido que funciona como garantía para los demás derechos, sino que es una parte integral del énfasis de los derechos humanos en la participación de los ciudadanos, ello en función política de los gobiernos, razón por la cual constituye un derecho humano en el grupo de derechos civiles y políticos. Pero al mismo tiempo, el derecho de acceso a un recurso efectivo ha sido aceptado cada vez más como un derecho social básico en las sociedades modernas, como lo ha definido Méndez (2000, pág. 17) para quien resulta ser *“el derecho humano primario en un sistema legal que pretenda garantizar los derechos tanto individuales como colectivos”*.

Producto de la consideración como derecho de trascendencia internacional, el acceso a un recurso efectivo es frecuentemente usado como base para la argumentación jurídica



internacional, verbigracia de ello son los preámbulos de tratados entre Estados o de Resoluciones, informes o recomendaciones de organizaciones internacionales en los cuales se le hace referencia.

Ahora bien, el derecho de acceso a un recurso efectivo no solamente garantiza la justiciabilidad de los derechos reconocidos en los instrumentos que lo contienen, sino también los derechos reconocidos a nivel interno en la constitución y las leyes del Estado de que se trate, es decir que se trata de un derecho autónomo. Así, para nuestro estudio, el derecho de acceso a un recurso efectivo garantiza también los derechos de los trabajadores, derechos reconocidos ya sea que estén reconocidos en la legislación laboral, como todo derechos derivado de la sola relación contractual civil, tal como fue declarado por el Tribunal Administrativo de la OIT (TAOIT) en el caso “Chadsey v. Universal Postal Union”, citado por Freedman (2014, pág. 251), donde se subrayó como principio el derecho de cualquier empleado a acceder a un recurso, y en especial tener siempre un procedimiento de apelación.

A continuación, examinamos el acceso a un recurso efectivo en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y la interpretación hecha por los tribunales supranacionales encargados de aplicarlos.



a.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos representa el primer esfuerzo de la comunidad internacional en su conjunto para el reconocimiento de los derechos humanos. Sus primeros artículos establecen los derechos civiles y políticos y dentro de ellos encontramos al artículo 8 sobre el derecho de acceso a un recurso efectivo que reza: *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”*.

Esta disposición se encuentra articulada con el artículo 10 que establece el derecho al debido proceso, específicamente el derecho de audiencia, en estos términos: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.

a.2. En la Convención Americana de Derechos Humanos

Por razones de interés y vinculación, la CADH y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) serán de especial atención. Como antecedente en el sistema interamericano se tiene a la Declaración Americana de



Derechos y Deberes del Hombre de 1948, cuyo artículo XVIII reconoce el Derecho a la justicia en los siguientes términos: *“toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”*. No obstante, el contenido de esta declaración no llega a ser vinculante por sí misma en los países del sistema interamericano, debido a que este instrumento no forma parte de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y tampoco es un tratado. Sin embargo, su contenido ha sido incluido en el derecho interno de algunos países, como Argentina cuya constitución le otorga jerarquía constitucional.

Dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos, se suscribió en 1969 la CADH, que establece el Sistema interamericano de derechos humanos, y que respecto al derecho de acceso de un recurso efectivo contiene dos disposiciones que, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben ser leídas en conjunto: el artículo 8 relativo al debido proceso legal y el artículo 25 que establece el derecho a un recurso efectivo.

El artículo 8 establece las garantías judiciales del debido proceso, cuyo primer párrafo dispone: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada*



contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Marabotto (2003, pág. 295) señala que el artículo 8 referido al derecho a ser oído, establece en realidad el derecho de acceder a un tribunal y de tener la posibilidad efectiva y cierta de que este oiga su reclamación sin que importe el propio resultado que deba recaer al proceso. Sagüés (s/f, pág. 608) también señala que el artículo 8 supone la existencia de un sistema estatal de solución de conflictos como exigencia de los regímenes internacionales de los derechos humanos, sobre los cuales, según Ventura Robles (2012, pág. 4), *“los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o a los tribunales en busca de que sus derechos sean protegidos o determinados”.*

De esta forma, en el artículo 8 contiene los elementos que componen el debido proceso adjetivo dentro del derecho interno, definido por la Corte Interamericana, citada por De la Colina (2008, pág. 5), como *“el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante (...) cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”.*

El artículo 25 está más bien referido a la protección judicial, y dispone en su primer párrafo que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente*



Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Según Dávila (2015), la disposición del artículo 25 consagra el derecho a un recurso efectivo como derecho subjetivo, y al mismo tiempo supone una obligación para el Estado. Ventura Robles (2012, pág. 4) manifiesta que este derecho es una obligación positiva del Estado *“de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales que pueden estar reconocidos en la Convención Americana o por la propia ley interna”.*

Es importante resaltar en este punto que el contenido del artículo 25 de la CADH está dispuesto de tal forma que, a diferencia de otros instrumentos internacionales, explicita el derecho de acceso a un recurso como un derecho independiente de los demás derechos establecidos en la CADH, ya que el mismo refiere la protección de derechos establecidos tanto en la convención, como en la constitución y las leyes de los países. Dávila (2015, pág. 241) manifiesta que en el proyecto original de la CADH, el artículo 25 se limitaba a consagrar la protección judicial sólo para los derechos establecidos en la Constitución y las leyes del país respectivo. Fue la representación de Chile quien, durante los trabajos preparatorios, planteó que tal redacción resultaba insuficiente al no referirse a los derechos reconocidos por la Convención, proponiendo una modificación sobre la base de la formulación del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



Por esta razón, según el juez Cançado Trindade, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene una interpretación *integradora* de los artículos 8 y 25 de la CADH, que en conjunto reconocen el pleno derecho de acceso a un recurso efectivo. La Corte Interamericana (Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 2006, pág. 177) sostiene sí que *"no puede desligarse el artículo 8(1) del 25 ni viceversa, dado que responden definitivamente a un mismo esquema de responsabilidad en el ámbito judicial"*.

Se ha establecido en este sentido que ambos artículos se encuentran entrañablemente ligados. El juez Cançado Trindade en su voto razonado en el caso “Caso López Álvarez Vs. Honduras” ante la CIDH (2006), señala que no hay "debido proceso legal" si un justiciable no puede hacer valer sus derechos "en forma efectiva", es decir si no tiene verdadero acceso a la justicia, y en el sentido contrario, para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales es importante la observancia de todos los requisitos que sirvan para asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Según Cançado Trindade, *¿cuál sería la eficacia de las garantías del debido proceso, artículo 8, si el individuo no contara con el derecho a un recurso efectivo, artículo 25? y ¿cuál sería la eficacia de este último sin las garantías del debido proceso legal?* (pág. 95) Por ello, este juez concluye en que ambos artículos se complementan en el marco jurídico del Estado de Derecho en una sociedad democrática.

Por otro lado, la redacción de los artículos 8 y 25 en la CADH está redactada en forma de derechos sustantivos y no así como obligaciones para el Estado parte, a diferencia de lo



que sucede, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello no supone que no se configure obligación para el Estado, ya que esta obligación ha quedado establecida en el segundo párrafo del artículo 25 que dispone que los Estados Partes se comprometen a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La obligación del Estado es más clara de la lectura conjunta que se haga con los artículos 1 y 2 que respectivamente establecen la obligación de respetar los derechos reconocidos en la CADH y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno en caso que los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizados por las disposiciones internas.

a.3. En la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El sistema europeo cuenta con dos instrumentos sobre derechos humanos, a saber: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) adoptada en el contexto del Consejo de Europa y vigente desde 1953, y la Carta



de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adoptada en el contexto de la Unión Europea y vigente desde el año 2009.

Respecto al primero de ellos, el CEDH presenta dos disposiciones relativas al acceso a un recurso efectivo (de forma similar a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana): el artículo 6 que establece el derecho a un juicio imparcial, debido proceso, y el artículo 13 que establece el acceso a un recurso eficaz.

El artículo 6, denominado “Derecho a un proceso equitativo”, establece en su primer párrafo que *“toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”*. El tercer párrafo de este artículo establece las garantías judiciales de un debido proceso. Se aprecia que la primera parte de este artículo está redactado de manera similar al artículo 8 de la Convención Americana, y de la misma forma se establecen los lineamientos generales del concepto del debido proceso o proceso equitativo, como prefiere llamarlo el TEDH.

Correlativo a ello se encuentra el artículo 13 denominado “Derecho a un recurso efectivo”, que establece que *“toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una*



instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

Según Rainey, Wicks y Ovey (2014, pág. 144), la jurisprudencia sostenida inicialmente por el TEDH fue que las disposiciones de los artículos 6 y 13 del CEDH se superponían, es decir que establecían el mismo contenido, razón por la cual, si un caso se enmarcaba dentro del artículo 6, no habría la necesidad de considerar alguna alegación de vulneración del art 13. Fue esta la posición adoptada por el TEDH en el caso " *Kamasinski v. Austria*" (Case of *Kamasinski v. Austria - Judgment*, 1989, parr. 110), donde estableció que los requisitos del artículo 13 son menos estrictos que los del artículo 6, agregando que lo establecido por el primero de ellos está absorbido por el último.

Más la posición asumida por el TEDH cambió en decisiones más posteriores, como la emitida en la sentencia del caso "*Kudla versus Polonia*" (2000), donde se estableció que las disposiciones del artículo 6 y 13 son cuestiones jurídicas independientes (párrafo 147), pero que se interrelacionan en la medida en que el artículo 13 garantiza la correcta aplicación del artículo 6 (párrafo 156). Cançado Trindade explica que, al igual que la relación existente entre los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, una lectura conjunta entre los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo tiene la función de abrir camino para que el derecho a un recurso efectivo, establecido en el artículo 13, pueda generar todos sus efectos en derecho interno de los Estados partes mediante la "efectividad" de las garantías del debido proceso legal contenidas en el artículo 6. Por esta razón, según Cançado Trindade, ambas disposiciones



ciudades deben ser "invocadas en conjunto" (Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006). Gerards señala que el artículo 6 tiene un limitado campo de aplicación, razón por la cual, para aplicar las garantías que dispone, requiere del artículo 13 que exige la disponibilidad de un recurso efectivo a nivel nacional (Gerards, 2017, pág. 15).

Sobre interpretaciones en este sentido, Koskenniemi, en el informe sobre Fragmentación del derecho internacional, apunta a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que el artículo 6 constituye una *lex specialis* en relación con el establecimiento de un recurso eficaz que figura en el artículo 13 (Comisión De Derecho Internacional, 2006, pág. 45).

No obstante, existe una marcada diferencia entre el CEDH y la CADH respecto a la redacción que se dio al derecho de acceso a un recurso efectivo. El artículo 13 del CEDH considera que dicho derecho nace luego de violación de otro derecho o libertad reconocido en el mismo CEDH, por lo que una lectura literal de este instrumento significa que la violación de un derecho establecido en el CEDH es el requisito *sine qua non* para que exista una violación del derecho al recurso efectivo según el artículo 13. Ello no sucede con su par interamericano, que establece el recurso efectivo para los derechos reconocidos tanto en la convención como en la constitución y las leyes de los Estados. Es por esto que, según de la Colina (2008, pág. 39), el desarrollo en materia de recurso efectivo en el TEDH es menos rico que el desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



De la Colina señala también que la jurisprudencia del TEDH se caracteriza, a diferencia de la CIDH, por una mayor estabilidad en casi la totalidad de las materias tratadas, y ello incluye el tratamiento que se dio al acceso a un recurso efectivo. Así, en el contexto europeo, el desarrollo de la interpretación de los derechos se dará de manera gradual, ampliando los puntos de materias ya elaboradas por el Tribunal sin giros pronunciados en materia de acceso a la justicia y garantías judiciales, que en palabras de la Autora, torna al Tribunal Europeo en un órgano previsible (De la Colina, 2008, pág. 44).

Respecto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 47 denominado “derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”, establece el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de audiencia y acceso a un tribunal independiente e imparcial establecido previamente por la ley y garantías para la efectividad del acceso a la justicia.

a.4. Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de Los Pueblos

Como referencia, corresponde también citar al instrumento de derechos humanos en el sistema africano vigente desde 1986, cuyo artículo el artículo 7 dispone el derecho de todo individuo a que su caso sea visto por un tribunal, así como el derecho de apelación,



derecho a ser considerado inocente, derecho de defensa y el derecho a ser juzgado en un plazo justo.

a.5. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que hace vinculante y más concretos los derechos civiles y políticos reconocidos en la declaración Universal, también contiene dos disposiciones que realizan el derecho de acceso a un recurso efectivo.

El primero de ello es el párrafo 3 del artículo 2 que establece la obligación de los Estados partes a garantizar: a) un recurso efectivo a toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el Pacto hayan sido violados, b) la obligación de los Estados Partes a que, por medio de la autoridad respectiva, decida sobre los derechos de toda persona y desarrolle las posibilidades de recurso judicial y c) el cumplimiento de toda decisión estimada mediante tal recurso. Como advierte Dávila (2015, pág. 234), la disposición del artículo 2 no establece al recurso efectivo como un derecho, sino como una obligación del Estado “a garantizar”. De hecho, la disposición del artículo 2 se ubica en la Parte II del Pacto en el que se encuentran agrupados otros cuatro artículos que establecen obligaciones o principios generales, pero no hacen referencia a derechos subjetivos.



El reconocimiento del acceso a un recurso efectivo como de derecho subjetivo se encuentra, en este instrumento, en el primer párrafo del artículo 14 que establece el derecho de toda persona a “*ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*”, de donde se advierte también el establecimiento de garantías de debido proceso de forma similar a los artículos 6 de la CEDH y el artículo 8 de la CADH.

b. Como norma consuetudinaria de derecho internacional

El derecho de acceso a un recurso efectivo no solamente tiene una configuración dentro de tratados internacionales de derechos humanos, sino que el mismo ha pasado a formar parte del derecho consuetudinario internacional, como fuera establecido por la CIJ en el caso “*Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), United States of America v. Italy*” (1989, parr. 61, 62) de 1989, donde la Corte Internacional de Justicia señaló que la “*regla de recursos locales*” es parte del derecho internacional consuetudinario. Francioni (2009, pág. 730) menciona que existe en la costumbre internacional la concepción de un “*estándar mínimo de justicia*”, y que una parte integral de este es el principio de acceso a la justicia.



De esta forma, existe una regla consuetudinaria de derecho internacional que presupone la obligación internacional de todos los Estados de garantizar el acceso a los tribunales y de administrar la justicia de conformidad con las normas mínimas de imparcialidad y debido proceso. Según Francioni, el derecho así reconocido presupone que toda persona que ha sufrido un daño a manos de autoridades públicas o de sujetos privados debe tener la oportunidad de obtener reparación ante un tribunal de justicia o una agencia administrativa apropiada. Agrega además que cuando la "justicia" no se cumple, ya sea por la inexistencia de recursos judiciales disponibles o porque estos sean inadecuados, deficientes o engañosos, se puede invocar la configuración de "*denegación de justicia*": consistente en un acto ilícito por el cual puede surgir responsabilidad internacional del Estado (Francioni, 2009, pág. 730).

La naturaleza consuetudinaria del derecho de acceso a un tribunal se hace más evidente en la consideración que una parte de la doctrina y la jurisprudencia le dan como norma *ius cogens*. en la Opinión Consultiva OC-18 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003) la CIDH estableció que el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia no solo sólo formal sino real, que va desde el acceso al recurso, el respeto de las garantías del debido proceso legal, hasta el cumplimiento final de la sentencia. Cançado Trindade (Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006) explica que el resultado de una lectura conjunta de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana, conforme vimos previamente, "*conlleva a caracterizar como parte del jus cogens el acceso a la justicia entendido como la plena*



realización de la misma, o sea, siendo del dominio del jus cogens la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente”.

Esta posición adoptada por la Corte Interamericana ha sido acogida por tribunales nacionales como es el caso de la Quinta Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina, citada por Quispe (2010, pág. 73), que en la Sentencia emitida en el caso “González, Protacio C/ Berkley Internacional Art S.A.” que en marzo de 2008 decidió teniendo en cuenta que *“el derecho de acceso a la justicia que forma parte del ius cogens”*. También la Corte Suprema de Justicia Uruguaya en la Sentencia 135/91, citada por Marabotto (2003, pág. 296), estableció que *“no es posible desconocerse que el derecho a ser oído o tener “su día ante el tribunal” es de jus cogens. Es decir, integra ese derecho imperativo y necesario, superior a la voluntad de los Estados, el que no puede ser desconocido”*.

También se ha considerado al derecho de acceso a un recurso efectivo como una obligación de carácter *erga omnes*, tal como lo estableció la CIDH en el caso “Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay” (Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, 2006, parr. 131) donde se señala:

El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional



para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.

Finalmente, el carácter de norma consuetudinaria del derecho de acceso a un recurso es confirmado por la basta presencia en diferentes instrumentos legales internacionales, como tratados bilaterales o multilaterales, en los cuales se establece un mecanismo determinado para la solución de controversias, que según los pronunciamientos de los comités de consulta, pueden ser alcanzados tanto por los Estados u organizaciones parte del tratado como por los individuos que, por derivación de tal tratado, se hayan visto afectados en derechos o intereses y puedan demandar.

c. Como principio general de derecho

También a nivel de la jurisprudencia y trabajos académicos se ha reconocido que el derecho de acceso un recurso efectivo tiene naturaleza de principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas conforme al apartado c) del primer párrafo del artículo 38 del estatuto de la CIJ.

Koskenniemi en el informe sobre Fragmentación del derecho internacional (Comisión De Derecho Internacional, 2006, pág. 252), cita el caso “Golder v. the United Kingdom”



(Golder v. The United Kingdom, 1975) donde el TEDH estimó que el derecho de acceso a los tribunales de la jurisdicción civil era un principio general de derecho conforme el apartado c) del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la CIJ y que el mismo formaba parte de las normas de derecho internacional. Sobre esta base, se interpretó el artículo 6 del CEDH.

También la CIDH en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras de 1989, citada por Dávila (2015, pág. 249), ha señalado que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber del Estado de repararlo adecuadamente, por lo que la jurisprudencia ha considerado a este deber del Estado como una “*concepción general de derecho*”.

De esta forma se entiende que, en la generalidad de los sistemas de derecho interno, ya sea mediante las constituciones o leyes, se establece y regula el acceso a un recurso efectivo, el cual no solo resulta ser otro derecho subjetivo reconocido, sino que forma parte esencial de la estructura del sistema jurídico de que se trate. Marabotto (2003, pág. 295) señala que dado el establecimiento del derecho de acceso a un recurso efectivo en instrumentos nacionales como internacionales de carácter universal o regional, se puede “*afirmar que es un derecho esencial*”.



d. Derecho constitucional y el derecho interno

Méndez (2000, pág. 20) señala que dentro del proceso de modernización de las instituciones jurídicas y producto de la suscripción de convenios internacionales por la mayor parte de los países, se han promulgado leyes internas de garantías constitucionales y derechos humanos básicos, las cuales están destinadas formalmente a la defensa de los derechos. Entre ellos, el derecho de acceso a un recurso efectivo.

El acceso a un recurso efectivo no solamente tiene un reconocimiento a nivel de derecho internacional, sino que ha sido más profundamente desarrollado en el derecho interno, establecido más comúnmente en las constituciones de los países, adquiriendo de tal forma jerarquía superior a las demás disposiciones adoptadas por ley. Dávila (2015, pág. 250) refiere que el Derecho a un Recurso Efectivo tiene una vinculación directa con los conceptos que un Estado maneja sobre la seguridad jurídica y la justicia, en tanto que *“constituye la vía que hace efectivo el respeto a los derechos y representa una forma de control constitucional, convencional y de legalidad de la actividad estatal en su conjunto”*.

La CIDH ha señalado en reiteradas oportunidades, como por ejemplo en el caso “Cantos” (2002, parr. 52), que la garantía de un recurso efectivo *“constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”*. En este sentido, Cançado Trindade, citado por Quispe Remón (2010, pág. 71), denomina al derecho de acceso a un recurso



efectivo como “*el derecho al Derecho*”, es decir, “*el derecho a que un ordenamiento jurídico proteja efectivamente los derechos fundamentales de la persona humana*”.

Dávila (2015, pág. 244) brinda un concepto de este derecho en el marco del derecho interno, definiéndolo como “*un valor constitucional conforme a la convivencia social y pacífica de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico, jurídico y social justo, mediante la regulación estatal de las relaciones de la persona con un trasfondo axiológico que conlleve a satisfacer esta cualidad*”.

En este sentido, un recurso efectivo forma parte esencial de los sistemas jurídicos tal y como los conocemos ahora, sin el cual no podría válidamente considerarse la existencia de un sistema de democrático y de derecho, que son los valores que ahora la sociedad internacional pretende proteger. Marabotto (2003, pág. 295) establece que el acceso a la justicia resulta ser la llave que permite acceder a la jurisdicción de un Estado, y consecuentemente hacer que el proceso cumpla con su finalidad. Según Méndez, el acceso a la justicia también supone un derecho social básico en las sociedades modernas (Méndez, 2000, pág. 17).

Podría ser que el acceso a un recurso efectivo sea considerado como un derecho procesal, no obstante, termina teniendo contenido de derecho subjetivo. De la Colina (2008, pág. 1) señala que los derechos procesales permiten hacer efectivos los derechos sustanciales



reconocidos por los instrumentos de derechos humanos, siendo considerados en ciertos sistemas de protección como verdaderos derechos sustanciales debido a que su violación implicaría una violación de derechos fundamentales.

En el mismo sentido, aun cuando el acceso a un recurso efectivo supone un derecho protegido a nivel interno, según Méndez (2000, pág. 20), su vulneración de también genera una responsabilidad internacional, en tanto que implícitamente supone la desatención de tratados internacionales en caso estos hayan sido ratificados, y que constituyan obligaciones solemnes adquiridas por los Estados ante la comunidad internacional, lo cual ocurre en sentido contrario, cuando la violación de un instrumento internacional conlleva a la inobservancia de normas internas del propio Estado infractor.

2.2.2.4. Alcance del derecho de acceso a un recurso efectivo

Cançado Trindade (Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006) señala que las disposiciones del artículo XVIII en la Declaración Americana y del artículo 8 en la Declaración Universal de derechos humanos fueron insertadas obedeciendo a la necesidad de proteger los derechos del individuo contra los abusos del poder público y la posibilidad de someter todo y cualquier abuso de los derechos individuales al juicio del Poder Judicial en el plano del derecho interno. Así, para Cançado Trindade, la correcta aplicación de este derecho



tiene además el efecto de perfeccionar la administración de la justicia formal y también material a nivel de derecho interno.

La CIDH estableció en la Opinión Consultiva OC-18, que el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real, lo que supondría una observancia mínima de todas las garantías del debido proceso legal, hasta el cumplimiento fiel y final de la sentencia. Es decir, que el derecho de acceso a un tribunal supone mucho más que el solo establecimiento de una instancia judicial, comprende también una efectiva prestación de servicio jurisdiccional. En su voto razonado en la sentencia emitida en el caso “López Álvarez contra Honduras” (Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006), Cançado Trindade señaló que el acceso a un recurso efectivo significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia, o en otros términos, el derecho a la *realización* de la justicia. Así lo manifestó:

Uno de los componentes principales de ese derecho [el acceso a la justicia] es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido, y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8 de la Convención Americana). (...) podemos aquí visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico - a niveles tanto nacional como internacional - que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana (Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006)



Para Marabotto (2003, pág. 293), el acceso a un recurso efectivo debe ser real y no tan solo teórico, en tanto que el mismo tiene que ser tangible y concreto en los hechos, más aun ahora que existe un pleno reconocimiento del derecho de las personas y en particular de los derechos sociales, razón por la cual *“el estado debe procurar que la brecha entre norma y realidad sea lo más pequeña posible, permitiendo un adecuado acceso a la justicia”*. Para este fin, como manifiesta Sagüés (Sagüés, s/f, pág. 597), es menester la satisfacción de varios requisitos básicos como la existencia de tribunales, en número suficiente, con una adecuada distribución geográfica, entre otros.

Ahora bien, el acceso a un recurso efectivo supone que todo justiciable tenga acceso a un recurso, ante una instancia nacional, sea judicial o administrativa, para obtener a) la cesación, b) la restitución o c) la reparación de su derecho vulnerado. Para la determinación de cual es estas formas de tutela se requiere, es preciso que el Tribunal trate el fondo de la cuestión a fin de otorgar una reparación apropiada, lo cual no supone necesariamente un resultado favorable para el peticionario, pero sí que un tribunal imparcial e independiente haya revisado la titularidad de un derecho y si el mismo ha sido vulnerado, sea por parte de un privado o por el mismo Estado.

El sujeto activo del derecho de acceso a un recurso efectivo, es toda persona física o jurídica, de la nacionalidad del Estado del foro, extranjera o apátrida que tenga capacidad de obrar, la cual se alcanza de diferentes formas según la regulación interna de los Estados, como es por ejemplo el cumplir 18 años de edad, o la capacidad de actuar de las personas



jurídicas que generalmente se alcanza al momento de su registro. No obstante, la persona que no tenga capacidad de obrar puede ejercer su derecho por medio de un representante.

Dávila (2015, pág. 245) señala que es a través de un recurso efectivo, se otorga a los ciudadanos la titularidad de ejercitar una acción a fin de exigir una prestación de los poderes del Estado, titularidad garantizada tanto en el contexto interno como internacional, pues como manifiesta Knuchel (2011, pág. 152), la posición del individuo bajo el derecho internacional ha evolucionado considerablemente en tanto que ahora existe un pleno reconocimiento de las personas para ajusticiar la violación de sus derechos

Ahora bien, el derecho de acceso a un recurso efectivo no demanda que el órgano encargado de la aplicación del derecho sea necesariamente un órgano judicial, ya que puede también tratarse de un órgano administrativo o un órgano establecido por otro medio alternativo de solución de conflictos. No obstante, lo que sí supone este derecho es la existencia real y accesible de un órgano. Así se pronunció el TEDH en el caso “*Klass contra Alemania*” (1978, parr. 67), donde estableció que lo dispuesto por el artículo 13 de la Convención Europea no requiere alguna forma particular de recurso, sino que “*un órgano debe al menos estar compuesto por miembros imparciales y que gocen de las garantías de la independencia judicial*”, lo que resulta relevante para determinar si el recurso es o no efectivo.



En este sentido, el “acceso a un recurso efectivo” exige un tribunal, sea judicial o administrativo, que presente las mismas garantías de debido proceso que una corte judicial y que tenga el poder para hacer cumplir sus decisiones. En resumen, el recurso debe tener el poder de proteger eficazmente el derecho que se afirma ha sido violado, y es por esta razón que una instancia judicial es considerada más idónea para el ejercicio del derecho de acceso a un recurso, pero no necesariamente tiene que ser este el único tipo de recurso a disposición.

Ahora bien, el establecimiento de un recurso para la verificación del derecho no agota todo lo necesario para que el derecho de acceso a un recurso efectivo sea materializado, ya que como menciona Francioni (2009, pág. 730), aun cuando exista un tribunal de justicia o una agencia administrativa apropiada, puede que la "justicia" no se cumpla por distintos factores como la disponibilidad, accesibilidad, adecuación, etc.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (Marzo de 2003, pág. 3) cita cuatro requerimientos que un tribunal debiera cumplir para determinar si un recurso es o no efectivo: i) la autoridad en cuestión sea lo suficientemente independiente en relación con el órgano responsable de la violación; ii) resulte posible presentar ante ella el mérito de los argumentos que podrían presentarse ante un tribunal judicial; iii) se encuentre en la capacidad de elaborar una decisión de carácter vinculante; y iv) que el denunciante puede aprovecharlo efectivamente.



Si no se consideran todos estos presupuestos, puede que aun cuando el derecho de acceso un recurso será solamente formal, exista la imposibilidad de que un individuo pueda invocar la "denegación de justicia", que como hemos visto, supone un acto ilícito por el cual puede surgir responsabilidad internacional. Debe tenerse en cuenta que las convenciones internacionales sobre derechos humanos están destinadas a garantizar no solamente derechos teóricos o ilusorios, sino derechos prácticos y efectivos, como fue afirmado por el TEDH en el caso "Waite and Kennedy v. Germany" (1999, parr. 51), donde se enfatizó en el derecho a un juicio justo y en el acceso a los tribunales como derechos que ocupan un lugar destacado en una sociedad democrática.

En este sentido, resalta la característica de "efectividad" en lo que respecta al derecho de acceso a un recurso "efectivo", lo cual no solamente está referido a la efectividad que pueda existir respecto de una decisión final, es decir, una efectiva ejecución de sentencia. La efectividad está referida a cuán real es el acceso al recurso disponible. Al respecto, la CIDH en la Opinión Consultiva OC-9/87 sobre "Garantías judiciales en estados de emergencia" (1987, parr. 24) emitió la siguiente noción sobre "efectividad":

En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten



ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

Según esta declaración, no es relevante si el derecho que se alega vulnerado tiene una base en el derecho internacional o si está estipulado en la constitución o en la legislación nacional, es el resultado lo que importa: la capacidad de la persona para buscar el cese o la reparación por la violación que ocurrió.

Por último, no se debe perder de vista que el derecho de acceso a un recurso efectivo está íntimamente ligado al debido proceso. En tal sentido es necesario que el recurso otorgado asegure la existencia de igualdad o paridad de armas, en el sentido de que cada parte tenga la misma oportunidad razonable para acudir y presentarse ante un tribunal, de tal forma que no se cree desventaja de una parte frente a la otra.

Además, el derecho de acceso a un recurso efectivo presenta las siguientes características respecto a su alcance.



a. Es un derecho autónomo

El derecho a un recurso efectivo, como derecho humano y garantía de derechos, ha sido generalmente ligado a la existencia de la vulneración de otro derecho, principalmente a un derecho establecido en el instrumento que lo contiene. Verbigracia, el tercer párrafo del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece la obligación del Estado a garantizar el acceso a un recurso para la protección de los “*derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto*”. Declaraciones como estas han planteado la cuestión de la autonomía que tiene el derecho de acceso a un recurso efectivo, reconocido en un instrumento internacional, del resto de derechos reconocidos en el mismo instrumento que lo contiene. Cabe entonces preguntarse ¿tiene el acceso un recurso efectivo sustancia en sí mismo? ¿puede existir una vulneración del derecho a un recurso efectivo aun cuando no se viola ningún otro derecho sustantivo?

La respuesta a estas cuestiones puede ser mejor contestadas separando los sistemas regionales de derechos humanos, ya que el contenido de la disposición de sus instrumentos y el desarrollo jurisprudencial varia de sistema a sistema. En el plano regional interamericano, la CIDH ha sido clara en el carácter autónomo del derecho a un recurso efectivo. En el caso “Castañeda Gutman contra México” (2008, considerando 103), la Corte consideró que en tanto el artículo 25 de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia, este puede ser vulnerado independientemente de que exista o no una violación a otro derecho reclamado o de que la situación que le servía de sustento se encuentre dentro



del campo de aplicación del derecho invocado. Dávila (2015, pág. 236) señala que el Estado está obligado a proveer recursos efectivos aun cuando finalmente se declare infundado el reclamo por no encontrar una violación del derecho que se alega vulnerado.

En el sistema interamericano de derechos humanos cobra importancia la forma en la cual está redactado el artículo 25 de la CADH, el cual establece el derecho de acceso a un recurso efectivo en un sentido amplio, para la protección de derechos reconocidos por la propia Convención, como para los derechos protegidos por la Constitución o las leyes de los Estados parte.

En la sentencia en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (2014), el Juez Eduardo Ferrer MacGregor sostuvo en su voto concurrente que en el diseño de la Convención Americana, los artículos mantienen una autonomía y contenido específico, lo que se evidencia, entre otros factores, tanto porque cada una de las disposiciones se encuentra en artículos distintos, como por su propio lenguaje. En consecuencia, se observa en la jurisprudencia de la CIDH un creciente desarrollo del derecho a un recurso efectivo bajo un análisis como derecho autónomo. Por ello, Dávila (2015, pág. 245) señala que en la jurisprudencia del Sistema Interamericano, cuya visión se caracteriza por ser más moderna y garantista que otros tribunales internacionales, el derecho a un recurso efectivo tiene carácter autónomo, cuyo incumplimiento genera por sí mismo una violación a los Derechos Humanos y una responsabilidad del Estado. En este sentido, se considera que el artículo 25 tiene un



contenido es más amplio que la disposición contenida en el artículo 13 de Convenio Europeo.

Cabe resaltar que es difícil que se pretenda desligar al artículo 25 de la Convención Americana de los derechos establecidos por derecho interno de los Estados, en tanto que este artículo, en palabras de la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-8/ (1987, parr. 32), ha sido concebido como la consagración del recurso de amparo judicial, recurso definido como “el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención”.

Un panorama similar se puede encontrar en la Carta Africana sobre Derechos Humanos, cuyo apartado a) del párrafo primero del artículo 7 establece que el acceso a un recurso efectivo garantiza a los “*derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes*”.

Por otro lado, en el sistema europeo de derechos humanos, aparentemente, el acceso a un recurso efectivo reconocido en el artículo 13 de la CEDH, estaría sujeto a la vulneración de un derecho humano reconocido en el mismo convenio, toda vez que la redacción del artículo 13 establece que el acceso a un recurso efectivo garantiza los “*derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio*”.



Sin embargo, como señalan Rainey, Wicks y Ovey (2014, pág. 135), la autonomía del derecho de acceso a un recurso efectivo, en el contexto de la Convención Europea, se deriva de una lectura conjunta que se haga del artículo 13 con el artículo 1 sobre la *obligación de respetar los derechos humanos*, que impone a los Estados reconocer a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el CEDH, lo que implica el reconocimiento de autonomía del derecho de acceso a un recurso.

Cançado Trindade (Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006, pág. 103) señala que la jurisprudencia del TEDH ha virado al reconocimiento de la autonomía del derecho a un recurso efectivo. En el caso “*Klass versus Alemania*”, el TEDH señaló que “*nadie puede probar una violación ante una «instancia nacional» si no ha podido interponer un recurso ante tal «instancia»*”, y consecutivamente “*no se puede, pues, subordinar la interpretación del artículo 13 a la condición de que el Convenio sea verdaderamente violado*” (Klass y otros contra Alemania., 1978, parr. 64). En consecuencia, según Rainey, Wicks y Ovey (2014, pág. 136), el reconocimiento de la autonomía del derecho de acceso a un recurso efectivo en el marco de la CEDH supone que este derecho también se aplica para la protección de derechos establecidos en el orden legal interno.

Finalmente, la redacción del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho a un recurso efectivo para los derechos y libertadas del mismo pacto, no obstante, también el Comité de Derechos Humanos se ha encaminado a reconocer la autonomía de este derecho. Dávila Pérez (2015, pág. 236) cita el caso Magaña



contra Zaire (1983), donde el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas comprobó la violación del artículo 2 del Pacto, por lo que consideró innecesario pronunciarse sobre las posibles violaciones de los derechos alegados.

No obstante, el acceso a un recurso judicial puede ser identificado de forma autónoma en el contenido del primer párrafo del artículo 14 del Pacto, el que establece el derecho sustantivo en de la forma siguiente:

Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, (...) para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

En conclusión, los diferentes sistemas de derechos humanos, como son los tratados regionales y los del sistema universal, reconocen el carácter autónomo del derecho de acceso a un recurso efectivo, lo que supone que pueda alegarse su vulneración aun en ausencia de la vulneración de otro derecho humanos, sobre un reclamo sustentado tanto en normas internacionales de derechos humanos como por las normas del ordenamiento interno del país de que se trate.

**b. Requisito de existencia de un reclamo discutible**

Scheinin (2005, pág. 20) afirma que la esencia de la justiciabilidad radica en la búsqueda de un procedimiento adecuado que sea capaz de proporcionar un remedio adecuado para el agravio sufrido con respecto a un derecho, pero también verificar el fondo de la cuestión planteada, a menos que no se verifique la existencia de un reclamo "discutible" y la demanda pueda ser rechazada liminarmente. En este sentido, el rechazo liminar de un reclamo, sin evaluación sobre el fondo, no supone vulneración al derecho de acceso a un recurso efectivo cuando el tribunal determine que la demanda carece de fundamento en la vulneración en un derecho cierto del cual el reclamante es titular o no se cumpla algún requisito de procedencia.

Rainey, Wicks y Ovey (2014, pág. 137) señalan que, para que el derecho de acceso a un recurso efectivo se active, es necesaria la existencia de "un reclamo discutible" o "petición defendible" según la denominación utilizada por el TEDH en el caso "Keenan contra Reino Unido" (2001, parr. 123), donde se señaló que *"el efecto del artículo 13 consiste en exigir la existencia de un recurso interno que conozca del aspecto sustantivo de una "petición defendible"*".

Un "reclamo discutible" o una "petición defendible" supone un reclamo que aparentemente tienen, en cuanto al fondo del asunto, base en una presunta violación de un derecho protegido, sea por derecho interno o internacional. Como es lógico, el establecimiento



definitivo de la existencia de un reclamo fundado solo puede verificarse en el análisis de fondo que se realice en la etapa de conocimiento del caso, razón por la cual se refiere aquí a una “presunta violación”. ACNUR, en su informe sobre el artículo 13 del Convenio Europeo, señala que el TEDH ha realizado un “*paralelismo*” entre la noción de un “*reclamo discutible*” y la noción de “*buen fundamento*” de una petición. Al respecto, cita la sentencia en el caso “*Boyle y Rice contra el Reino Unido*” ante el TEDH, en cuyo considerando 57 se estableció:

“(...) el rechazo de una petición por resultar manifiestamente infundada equivale a que no exista siquiera un caso *prima facie* contra el Estado demandado. En el sentido común de las palabras, resulta difícil concebir cómo una petición que está manifiestamente infundada poder resultar defendible, y vice versa”.

En este sentido, la obligación de un Estado de otorgar un recurso interno efectivo para toda persona, no supone que debe existir siempre jurisdicción, ya que muchos casos pueden ser verificados *prima facie* como carentes de sustento o base en la vulneración de algún derecho, situación ante la cual el juez designado podrá rechazar el pedido de forma liminar.

Una vez que se haya establecido la existencia de un reclamo discutible, el acceso a un recurso efectivo debe quedar habilitado para la determinación sobre el fondo. En este sentido se pronunció el Tribunal Europeo en la sentencia del caso “*Case of Leander v. Sweden*” (1987, parr. 77), al señalar que un elemento de relevancia para la interpretación del artículo 13 es que cuando una persona tenga un argumento defendible de que es víctima



de una violación de sus derechos, debe necesariamente tener un recurso ante una autoridad nacional para que se resuelva su demanda y, en su caso, para obtener reparación.

c. Obligación a cargo del Estado

El derecho el acceso a un recurso efectivo establecido en tratados de derechos humanos, la costumbre internacional y disposiciones de derecho interno, crea naturalmente la obligación del Estado de cumplir con otorgar a las personas bajo su jurisdicción de un recurso efectivo, ello mediante los medios que elija y que queda a su discreción.

Tal obligación del Estado es más concreta cuando se establece mediante un tratado internacional, verbigracia, las disposiciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la CADH, instrumentos que comprometen a los Estados parte a otorgar, desarrollar y garantizar a sus ciudadanos el acceso a recursos que les permitan la justiciabilidad de sus derechos.

La obligación de otorgar no supone únicamente el establecimiento de un recurso, sino que el mismo sea efectivo para amparar a los derechos en juego, sea que la vulneración haya sido cometida por autoridades públicas o por actos de sujetos privados. La obligación de



otorgar también supone que las autoridades que ejercerán como jueces o tribunal se pronunciarán adecuadamente sobre los derechos de los recurrentes.

La obligación de desarrollar supone la adopción de las medidas que el estado elija y que tengan por finalidad definir los recursos que sean necesarios para la realización del derecho de acceso a un recurso. En la CADH, el artículo 2 establece que, en caso que el derecho no se encuentre plenamente garantizado, el Estado deberá adoptar las disposiciones de derecho interno que fueren necesarias para hacer efectivos el acceso a un recurso efectivo.

Respecto a la obligación de garantizar, la obligación del Estado supone la adopción de medidas destinadas a crear las condiciones para la realización del derecho de acceso a un recurso, ya sea mediante la legislación como también a través del poder ejecutivo y judicial. En este último órgano también recae la obligación de hacer cumplir las decisiones a las que arriben los recursos empleados. Para la CIDH, garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir, razón por la cual *“la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación a la Convención”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1990, parr. 34)

En el caso *“Issaïeva y otros c. Rusia”* (2005, parr. 226), el TEDH dejó sentado que el contenido del artículo 13 del CEDH exige que haya un recurso interno que habilite a una



instancia nacional competente para conocer del contenido de una reclamación defendible, ofrecer el socorro apropiado, y que el mismo debe ser efectivo tanto en la práctica como en Derecho.

Entonces, se advierte que el derecho de acceso a un recurso efectivo comporta un aspecto positivo y uno negativo. Según la CIDH en la Opinión Consultiva OC-11/90 (1990, parr. 23) el aspecto positivo del derecho consiste en respetar y garantizar el derecho de acceso a un recurso efectivo, lo cual se concreta al organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. El aspecto negativo de la obligación está constituido por la obligación del Estado de no obstaculizar el acceso a este derecho.

El juez Cançado Trindade en su voto razonado en la sentencia emitida en el caso “López Álvarez contra Honduras” (2006), señaló que la obligación del Estado consisten en i) respetar el derecho consagrado y ii) *asegurar* el libre y pleno ejercicio del mismo a todas las personas bajo su jurisdicción.

A nivel interno, esta obligación puede ser entendida como lo hizo la Corte Suprema Argentina, citada por Sagüés (s/f, pág. 597), cuando señaló que *“el objetivo liminar de la Constitución nacional, de afianzar la justicia, conlleva a la necesidad de garantizar al justiciable el acceso a la justicia y a la obtención de un sentencia en tiempo propio, de tal*



manera que no se configure un supuesto e privación". Cançado Trindade señaló en el caso "López Álvarez contra Honduras" (2006) que la obligación del Estado supone protección en el derecho interno, lo que compromete las garantías del debido proceso legal, las cuales están establecidas generalmente en las constituciones de los Estados.

En la sentencia del caso "*Mentes and Others v. Turkey*" (1997, parr. 89), el TEDH señaló que la obligación del Estado también incluye que el recurso otorgado debe ser efectivo en la práctica y en la ley, de tal forma que el derecho a un recurso no sea obstaculizado injustificadamente por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado. En términos de Dávila (2015, pág. 255), la obligación "constríne al Estado a desarrollar todas aquellas condiciones para asegurar una adecuada defensa de los ciudadanos, cuyos derechos pueden ser afectados por una decisión del poder público".

También la obligación del Estado establece requerimientos más concretos sobre el recurso otorgado. Dávila (Dávila Pérez, 2015, pág. 244) señala que es obligación del Estado la prestación de un buen servicio al administrar justicia, lo que supone la cautela provisional de los derechos, la emisión de un pronunciamiento razonado y que el mismo sea dado en un breve plazo; también supone la creación de una estructura organizacional en los órganos que administran justicia materializada en un conjunto de instancias, recursos y organismos en que se tramitan los procesos. Según Sagüés (s/f, pág. 625), la obligación del Estado permea en la interacción de todos los organismos del aparato gubernamental, así como "*todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio de poder público*".



Otro aspecto de la obligación del Estado es la sostenida por el TEDH, citado por Fernández (2013, pág. 23), consistente en la “obligación de investigación”, una obligación de comportamiento a cargo del Estado que debe ser i) rápida, ii) diligente, iii) completa e iv) idónea. Fernández De Casadevante señala que la obligación internacional de investigación es una obligación de comportamiento según la cual, desde el momento del conocimiento del hecho victimizado, el Estado tiene que tomar la iniciativa de adoptar todas las medidas razonables con el fin de garantizar una investigación efectiva.

Esta obligación por parte del Estado no solamente es impuesta en el ordenamiento internacional, sino que es muy común que las mismas disposiciones de derecho interno las dispongan para los tribunales del Estado. Sefriani (2015, pág. 977) cita el caso “Indra Taufik Djafar vs US Consulate in Medan and US Embassy in Jakarta”, donde la Corte Suprema de Indonesia negó la inmunidad al gobierno de los Estados Unidos basado en la cláusula 1 y 2 del artículo 4 y la cláusula 1 y 2 del artículo 5 de la Ley Número 48 del año 2009 que establece las cuatro siguientes obligaciones para el juez nacional:

- 1) El tribunal juzgará a cualquier persona y hará cumplir la justicia de manera justa e indiscriminada;
- 2) El tribunal debe ayudar a cualquier solicitante de justicia e intentará resolver cualquier impedimento para lograr un procedimiento judicial simple que sea rápido, eficiente y asequible;



- 3) El juez y el juez constitucional explorarán, adherirán y comprenderán las normas jurídicas y la justicia que viven en la sociedad.
- 4) El juez y el juez constitucional poseerán integridad, personalidad noble, honesta, justa, profesional y con experiencia en la práctica jurídica.

d. Obstáculos al derecho de acceso a un recurso efectivo

Los obstáculos al acceso a un recurso efectivo están compuestos por aquellas situaciones fácticas o legales que impiden que el derecho reconocido pase del plano formal al material. Sagüés (s/f, pág. 604) señala que el acceso a un recurso efectivo puede verse socavado por diferentes factores, los cuales pueden ser agrupados en dos categorías: objetivos y subjetivos.

Los factores objetivos están referidos a las circunstancias ajenas al sujeto titular del derecho. Un primer obstáculo son por ejemplo los costos que supone incoar un proceso que, si bien no deniegan el recurso, si tiene un efecto disuasivo e incluso impeditivo para acceder a la justicia. Méndez (2000, pág. 19) señala que este obstáculo no solamente hace referencia al tradicional “costo” que genera el proceso, sino también a la variable del tiempo que supone las tramitaciones procesales, lo cual incide en el costo de litigar. También los obstáculos geográficos suponen un obstáculo objetivo, pues obliga al titular



del derecho a trasladarse físicamente, lo que no solamente produce incomodidad, sino que muchas veces puede imposibilitar al titular de acceder al recurso, sobre todo en el caso de los sectores sociales menos favorecidos.

También el anacronismo de las normas sustantivas y procesales es considerado como un obstáculo para el acceso a un recurso efectivo. Méndez (2000, pág. 19) hace referencia a la existencia de normas sustantivas y ante todo procesales, que generan que el acceso a un recurso efectivo sea un proceso complejo y difícil, como es el lenguaje técnico e innecesariamente especializado, o el establecimiento de procesos lentos o excesivamente formales. Todo esto, según el autor, genera que los sistemas de administración de justicia no logren satisfacer las demandas sociales de acceso y eficacia en los recursos que el Estado dispone.

Por el otro lado Sagiüs (s/f) también apunta a la existencia de obstáculos subjetivos, entre los cuales están considerados los obstáculos culturales, de índole lingüística, o el desconocimiento de las personas acerca de los derechos de los que son titulares, los cuales resultan ser una "barrera de primer nivel", ya que supera la valla del acceso a un recurso y muchas veces incluso causan indefensión. Méndez (2000, pág. 19) menciona como ejemplo de obstáculo subjetivo a la disparidad que pueda existir entre dos partes en conflicto, y los obstáculos que consecuentemente pueden surgir respecto de la posibilidad de representación y asistencia legal en condiciones paritarias, ventajas y desventajas



estratégicas de las partes, educación, conocimientos, experiencia, el patrocinio activo, entre otros.

La obligación de realización del derecho de acceso a un recurso efectivo del Estado, definida en el apartado anterior, supone en este punto la eliminación de los obstáculos definidos. En consecuencia, si se verifica que el Estado en cuestión no ejecuta programas que permitan la eliminación de los obstáculos que se presenten en el acceso a un recurso, se puede decir que se configura una violación del derecho y quebrantamiento de las obligaciones internacionales.

Cançado Trindade (Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006) señala que en la hipótesis de supuestos obstáculos de derecho interno, entra en operación el artículo 2 de la Convención Americana que dispone la armonización de la obligación internacional con el derecho interno de los Estados Parte que se encuentran obligados a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos, y si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, estos inmediatamente incurren en violación del primer párrafo del artículo 1, el artículo 2 y el artículo 25 de la Convención Americana.

Es claro que aun cuando los obstáculos no representan una denegación de acceso a un recurso, si generan un efecto de disuasión o imposibilidad fáctica que limita el acceso. Kartusch (2011, pág. 36) señala que las incertidumbres de un recurso, tales como la larga



duración de los procedimientos judiciales, investigaciones, la falta de infraestructura de protección, los costos de procedimiento, la poca posibilidad de obtener un juicio, entre otros, influye de sobre manera que los justiciables consideren iniciar o no un procedimiento legal.

e. No es un derecho absoluto

Es aceptado que la mayor parte de los derechos no son absolutos y tal es el caso del derecho de acceso a un recurso efectivo en la medida que este derecho es objeto de restricciones. Koskenniemi, en el informe sobre Fragmentación del derecho internacional (Comisión De Derecho Internacional, 2006, pág. 253), cita el caso “*Al-Adsani v. the United Kingdom*” (2001) donde el TEDH sostuvo la posición de que el derecho de acceso a los tribunales no era absoluto, en tanto que, como todos los derechos contenidos en el CEDH, debe interpretarse a la luz de las normas que conforman el derecho internacional, en este caso, “*toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*”.

No obstante, ninguna restricción a un derecho puede resultar absoluta, tal como fue establecido por el TEDH que en la sentencia del caso “*Golder vs. Reino Unido*” (1975) manifestó que aun cuando el derecho de acceso a un tribunal no es un derecho absoluto, ya



que está sujeto a las regulaciones del Estado de que se trate, las restricciones así impuestas no deben afectar la esencia misma del derecho. Según Mëngjesi (2015, pág. 10), el test según el cual una restricción no debe atacar el núcleo del derecho, parte por verificar que la restricción i) siga necesariamente un objetivo legal y ii) sea legítima y que además iii) exista proporcionalidad entre las herramientas utilizadas y el objetivo principal que se pretende lograr.

No obstante, aun cuando la restricción al derecho a un recurso efectivo supere el test antes definido, muchas veces se terminará por restringir el derecho de forma absoluta en el plano fáctico. Tal vez así lo ha entendido la Corte Suprema Holandesa en la sentencia del caso “*SUEPO and Others v. The European Patent Organization*” (2017), cuando concluyó que al final, toda limitación del derecho a una persona que en busca de justicia pretenda acceder a un tribunal, si supone una afectación a la naturaleza misma de ese derecho.

Una visión optimista es entender que, aun cuando exista la aplicación de restricciones al derecho de acceso a un recurso efectivo, ello no debe conllevar a concebir definitivamente que el contenido del derecho sea inaplicable, sino que, como lo estableció el TEDH en el caso “*Kudla v. Poland*” (2000, parr. 147), debe mantenerse la situación de que “*un recurso que sea tan eficaz como pueda ser teniendo en cuenta el alcance restringido del recurso inherente en [el contexto particular]*”.



Las restricciones a nivel de derecho interno obedecen a una línea muy similar, donde se debe cumplir con requisitos que serán determinados por cada ordenamiento jurídico interno. Por ejemplo, Marabotto (2003, pág. 299) comenta el artículo 7 de la constitución uruguaya en el sentido de que cuando está en juego un derecho de rango constitucional, derivado de la dignidad de la persona, cualquier requisito de orden procesal que enerve ese derecho deberá estar establecido en una norma con rango legal y que sea de interés general. Una posición similar fue la adoptada por el Tribunal Constitucional español en la sentencia del caso “Diana Abbott contra la Republica de Sudáfrica” (1992, considerando 2) al señalar que las normas legales determinan el alcance y el contenido del derecho de acceso a los tribunales, pero que *“al tratarse de un derecho de configuración legal, el legislador puede establecer límites al pleno acceso a la ejecución de las Sentencias, siempre que los mismos sean razonables y proporcionales respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución”*.

Entonces se tiene que, si las restricciones deben cumplir con parámetros de legalidad, legitimidad y proporcionalidad, tanto desde la perspectiva de derecho internacional como interno, con el fin de no anular la esencia misma del derecho, se concluye en que las restricciones dadas no pueden ser absolutas. Esta posición fue asumida por la TEDH en la sentencia en el caso “*Al-Adsani v. United Kingdom*” (2001, parr. 53): *“that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired”* [que las limitaciones aplicadas no



restrinjan o reduzcan el acceso dejado al individuo de tal manera o en tal medida que la esencia misma del derecho se ve perjudicada].

Una restricción absoluta e indebida al derecho de acceso a un recurso efectivo se verifica cuando esta tenga el efecto de anular de forma categórica y definitiva la justiciabilidad de los derechos de la persona que pretende demandar o reclamar como, por ejemplo, anular el acceso a un determinado tribunal y que no exista otro tribunal al que, legal o fácticamente, se pueda acudir.

Este argumento ha sido establecido en los casos “*Waite and Kennedy v. Germany*” (1999) y “*Beer and Regan v. Germany*”, desarrollados posteriormente, y han sido un punto central de la opinión disidente del juez Yusuf en su desacuerdo con la mayoría en el contencioso ante la CIJ de “Alemania contra Italia” sobre Inmunities Jurisdiccionales del Estado (Jurisdictional Immunities of The State (Germany v. Italy: Greece Intervening), 2012). En opinión del juez Yusuf, si en determinadas circunstancias excepcionales, la inmunidad impide que las víctimas de crímenes internacionales obtengan un recurso efectivo, y si no hay otros medios de reparación disponibles, la inmunidad debe ser anulada por los tribunales nacionales.



2.2.2.5. La inmunidad de jurisdicción estatal como restricción al derecho de acceso a un recurso efectivo

Cuando se hace referencia a las restricciones al derecho de acceso a un recurso efectivo, la inmunidad de jurisdicción estatal es usualmente citada por ser la restricción más recurrente en el contexto internacional. La inmunidad estatal como tal impide de manera absoluta el inicio del proceso, y en consecuencia el acceso a un recurso en sí. Todavía en 1951 Lauterpacht, citado por Garnett (1999, pág. 1), señalaría que la excepción de inmunidad del Estado extranjero no tenía otra finalidad que frustrar la reivindicación de los derechos individuales y la justicia.

En los casos “Benkharbouche v. Embassy of Sudan” y “Janah v. Libya”, desarrollados por Lintner (2015), la Corte suprema del Reino Unido concluyo que las disposiciones de la SIA estaban en conflicto con el derecho de acceso a un tribunal en virtud del artículo 47 de la Carta de la Union Europea que era de obligatorio cumplimiento para las cortes del país. A diferencia del pronunciamiento de otras cortes, en este caso si se declaró que existía un conflicto entre la inmunidad y el derecho humano protegido.

En el informe sobre Fragmentación del derecho internacional (Comisión De Derecho Internacional, 2006, pág. 253), Koskenniemi señaló que es parte de la Jurisprudencia internacional, en especial la manejada por la TEDH, que la interpretación hecha sobre el derecho de acceso un recurso efectivo debe realizarse “*en la medida de los posible*” en



armonía con otras normas de derecho internacional, entre ellas la norma relativa al otorgamiento de inmunidad a los Estados, la cual, según el Estado actual del derecho internacional, no se considera una restricción desproporcionada al derecho en cuestión.

Esta ha sido la posición asumida por el TEDH en el caso “Al-Adsani v. United Kingdom” (2001, parr. 53), relativa al otorgamiento de inmunidad en un caso de tortura cometido en Kuwait y demandado en Reino Unido. En este asunto, al momento de referirse al test de proporcionalidad, el tribunal señaló que i) el Artículo 6 de la Convención no puede interpretarse en el vacío, sino en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas las relativas a la concesión de inmunidad estatal y en consecuencia, ii) la inmunidad del Estado, reconocida generalmente como norma de derecho internacional público, no puede en principio considerarse como una restricción desproporcionada al derecho de acceso a un tribunal, en tanto que iii) la restricción al acceso a un recurso con motivo de la inmunidad es una restricción generalmente aceptada por la comunidad de naciones como parte de la doctrina de Inmunidad del Estado.

Según Carrera Hernández (2007, pág. 87), el fallo en el caso “Al-Adsani v. United Kingdom” ha sido duramente criticado por la doctrina internacional y agrega que es preciso que la jurisprudencia en esta materia tenga en cuenta que algunas jurisdicciones internas han cuestionado la invocación de la inmunidad de jurisdicción en caso de violaciones graves de los derechos humanos



Del razonamiento hecho por la Corte, se puede concluir que la restricción por motivo de la inmunidad estatal al acceso a un recurso efectivo, adquiere su validez porque así ha sido aceptado en la costumbre de los Estados, y desde tal perspectiva, la restricción resulta siendo necesaria y proporcional al objetivo legítimo para la corte de “*cumplir con el derecho internacional para promover la cortesía y las buenas relaciones entre los Estados a través del respeto de la soberanía de otro Estado*”. En este sentido Lintner (Lintner, 2015, pág. 6), señala que la restricción al acceso a los tribunales sobre la base de la inmunidad del Estado resulta ser un “medio proporcionado” toda vez que el alcance de tal restricción refleja las normas generalmente reconocidas del derecho internacional público sobre la inmunidad del Estado.

Knuchel (2011, pág. 153) señala que decisiones como las del caso “Al-Adsani v. United Kingdom” han generado la percepción de que la inmunidad es un obstáculo injusto a los recursos para las violaciones del derecho internacional, eclipsando su importancia como atributo necesario de la igualdad de los Estados.

No obstante, Finke (2011, pág. 856) explica que en este caso, el TEDH arribó a tal conclusión después de verificar si los Estados tenían la obligación de denegar la inmunidad soberana ante una vulneración de los derechos del demandante en virtud de la CEDH; y solamente después de encontrar que tal obligación no existía en el ordenamiento internacional, el tribunal sostuvo que el Reino Unido no infringió los derechos protegidos



por la CEDH. Es decir, la inmunidad será una restricción proporcional al acceso a un recurso efectivo en la medida que sea aceptada como tal en la práctica internacional.

En lo que respecta a la CIDH, no se ha presentado un caso en torno a la materia de la inmunidad jurisdiccional de los Estados. Sería interesante conocer la postura que adoptaría la CIDH en tanto que, como afirma De la Colina (2008, pág. 44), esta corte se caracteriza por el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en sus sentencias y por el uso del principio *pro homine* al momento de interpretar la Convención a la luz de los hechos en estudios; a diferencia del TEDH caracterizado por aplicar mayor cautela respecto a su labor interpretativa y que niega la creación de nuevos derechos por vía jurisprudencial.

Finalmente, la inmunidad jurisdiccional del Estado como restricción al acceso a un recurso efectivo también supone una restricción absoluta a nivel interno, en tanto que atenta contra las garantías de un debido proceso. Así, Sefriani (2015, pág. 977) manifiesta que si no se elimina la inmunidad de jurisdicción para los casos de demandas civiles y laborales contra Estados extranjeros, la posición de ambas partes será desequilibrada y en el caso de demandas laborales ello significa violar potencialmente los derechos de los empleados locales cuya posición es naturalmente débil, reforzando a la misión extranjera quien no se hará responsable por los daños ocasionados en tanto pueda escudarse detrás de su inmunidad.



a. El papel de los tribunales nacionales

Resulta lógico entender la posición asumida por el TEDH en el caso “Al-Adsani v. United Kingdom” y la CIJ en el caso de “Alemania contra Italia”, en tanto que la jurisdicción estas dos cortes se limita a la aplicación de la norma internacional tal y como es, *lex lata*, y su trabajo no supone una tarea creativa o la aplicación de una *lex desiderata*.

El caso es diferente en lo que compete a las cortes nacionales, donde la tarea del juez o tribunal permite una mayor discreción en los estándares de derechos que se apliquen y consecuentemente es posible un trabajo más creativo del derecho. Fernández-Lomana (2008, pág. 99) afirma que con el proceso de globalización, los tribunales nacionales laborales deberán enfrentarse, cada vez con mayor frecuencia, con problemas de derecho internacional. De esta forma, es inevitable que los tribunales nacionales se conviertan en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional, contribuyendo a la solución de los problemas planteados por el ordenamiento internacional en términos hasta ahora desconocidos.

Cançado Trindade (2001), citado por Sagüés (s/f, pág. 626), señala que ante la denegación de un recurso por deficiencias estructurales, los tribunales internos ponen énfasis en la tendencia de perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos nacionales de protección judicial, mediante un rol más activo -si no creativo- en la implementación de los normas internacionales de protección.



En este sentido Bornkamm (2012, pág. 782), señala que la evolución de la relación entre la inmunidad del Estado y el derecho de acceso a la justicia seguirá siendo dinámica, principalmente a manos de los tribunales nacionales, a quienes corresponde determinar el alcance de la inmunidad jurisdiccional en un caso particular, y es más probable que estén motivados por consideraciones de justicia que por preocupaciones políticas. Además, según este autor, dada la dinámica de la ley de inmunidad, un tribunal que reclama jurisdicción sobre un Estado sobre la base de una evaluación razonada de la ley ya no debe considerarse como una violación de la ley.

Para este fin, Gerard (2017) menciona que es menester una mayor flexibilidad en los tribunales nacionales, la cual tiene muchas apariencias de las cuales cita tres. Una forma de flexibilidad en evitar la rigidez con ciertas reglas, como por ejemplo la aplicación de las reglas de la admisibilidad sin formalismo excesivo. Una segunda forma de flexibilidad es ser abierto y receptivo con los nuevos desarrollos en derecho, por ejemplo, tener en cuenta las condiciones cambiantes en los Estados ante la firma de un nuevo tratado, que de no hacerse provocaría la obstaculización de las reformas internas. Una tercera forma de ser flexible es considerar los casos por sus particularidades, es decir decidir sobre una base de caso por caso, con el fin de evitar la aplicación mecánica del derecho a una situación particular, lo que permite además superar las apariencias de una situación denunciada. En conclusión, Gerard resalta aquí que ser flexible al proporcionar acceso a la justicia significa



no involucrarse en el formalismo excesivo o la aplicación mecánica de reglas, no ser demasiado rígido y mirar más allá de las apariencias.

Knuchel (2011, pág. 173) señala que en respuesta a las características cambiantes de las relaciones internacionales, los tribunales nacionales tomaron un compromiso más profundo en relación con la soberanía de los Estados, no negándola, sino más bien revalorizada para dar paso a consideraciones básicas de equidad.

La posición de los tribunales nacionales respecto a la aplicación de la norma de la inmunidad y el acceso a un recurso efectivo presenta la ventaja, en comparación con los tribunales internacionales, de poder aplicar la normativa vigente que incluye también la norma internacional de la inmunidad de los Estados, pero también puede realizar un análisis valorativo de la restricción que supone la inmunidad Estatal para el derecho conculcado. Tal proceso ya ha ocurrido con la relativización de la inmunidad estatal en el seno de los tribunales belgas, italianos y franceses aun en el siglo XIX.

En la Sentencia C-1189/00 de la Corte Constitucional de Colombia, citada por Quintana y Guzmán (2006, pág. 96), se señaló que en Colombia los jueces pueden integrarse a las doctrinas, prácticas y tendencias internacionales en lo que supone la restricción a la inmunidad. La corte enfatizo:



Dicha inmunidad restringe el derecho de acceso a la justicia de los habitantes del territorio, así como las facultades correlativas de jurisdicción de los órganos nacionales. Los bienes comprometidos —el derecho fundamental de acceso a la justicia y la soberanía del Estado— hacen que la cláusula que se analiza deba ser objeto de una interpretación restringida de tal manera que la inmunidad que se concede tenga un alcance relativo.

También encontramos el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de España en la sentencia 140/1995, citada por Sáenz (2016, pág. 224), en un caso relativo a la inmunidad de jurisdicción de la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. El Tribunal consideró que el artículo 12.5 del Acuerdo de Sede de la organización demandada tenía el efecto de impedir por completo al personal de la organización el acceso a la jurisdicción, tanto española, como de cualquier otro Estado miembro e, incluso, de ámbito internacional, advirtiendo en el considerando Decimo que *“no es que se obstaculice o limite el acceso a la justicia, sino que se niega radicalmente”*. De esta forma, el Tribunal Constitucional español concluyó en el considerando Undécimo que *“los Tribunales españoles del orden social sí tienen competencia judicial internacional para conocer de la controversia material que se plantea en la demanda”*.

En el caso “Diana Abbott contra la Republica de Sudáfrica” el Tribunal Supremo de España estableció que si bien no existe incompatibilidad entre la inmunidad de un Estado extranjero y el derecho contenido en el artículo 24 de la Constitución española (sobre la



tutela efectiva), *“una indebida extensión o ampliación por parte de los Tribunales ordinarios del ámbito que es dable atribuir a la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros acarrea una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, porque supone restringir sin motivo las posibilidades del justiciable de conseguir la efectividad del fallo”* (2016, pág. 252).

Una decisión que es de suma importancia mencionar es el contenido en la sentencia 238/2014 del 22 de octubre de 2014 emitida por el Tribunal Constitucional italiano, bajo la presidencia del internacionalista Giuseppe Tesauro en la cual declaró de inconstitucional el artículo 3 de la ley italiana de 14 de enero de 2013 mediante la cual se adhirió a la Convención de Naciones Unidas, la misma que ordena a los jueces italianos declinar su propia jurisdicción en las causas civiles de resarcimiento de daños por crímenes contra la humanidad cometidos *iure imperii* por un Estado extranjero en territorio italiano, cuando no se prevea previamente un recurso alternativo de reparación judicial de los derechos fundamentales violados, ya que el tribunal halló que tal disposición quebranta el principio de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales garantizados por los artículos 2 y 24 de la Constitución italiana. Con esta decisión, se reforzó el trabajo independiente de los jueces nacionales aun con posterioridad a la emisión de la Sentencia emitida por la CIJ en el caso de “Alemania contra Italia”.

Según Atteritano (2009, pág. 37), decisiones como estas, tomadas por tribunales nacionales, no suponen una violación al derecho internacional sino más bien el



establecimiento de una nueva práctica estatal, tal como la ejecutada por los tribunales italianos que fueron los primeros en impartir la doctrina restrictiva de la inmunidad a través de una correcta aplicación racional y sistemática de las normas internacionales relevantes y existentes, teniendo en cuenta los criterios de prevalencia establecidos por el propio derecho internacional.

Al igual que los tribunales nacionales, también tribunales Ad Hoc y tribunales arbitrales han decidido negar la inmunidad cuando esta representa una posición de desventaja para una de las partes en la controversia. Por ejemplo, el caso “Mondev International Ltd. vs. United States of America” (2002, considerando 151), el tribunal arbitral, en aplicación de las normas contenidas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, sostuvo que la inmunidad puede ser objetada si su aplicación conlleva a la violación del artículo 1115 que dispone “*un mínimo tratamiento para el inversor extranjero y mínimo protección y seguridad*”. En opinión del Tribunal, las autoridades públicas no pueden recibir inmunidad contractual en relación con los inversores privados bajo las normas del tratado.

b. Test del recurso alternativo razonable

Aun cuando la inmunidad jurisdiccional de los Estados haya sido declarada como una restricción legítima, lo cierto es que inevitablemente tienen el efecto de anular de forma



definitiva el derecho de acceso a un recurso efectivo. Ante este hecho, se presenta la necesidad de cohonestar la inmunidad jurisdiccional y el derecho de acceso a un recurso efectivo. En este sentido, TEDH desarrolló la doctrina definida como el “test del recurso alternativo razonable”.

Esta doctrina se ha desarrollado en el contexto de la inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales y supone que el otorgamiento de la inmunidad está condicionado a que los demandantes, al negárseles el acceso a un tribunal del Estado del foro por motivo de la inmunidad, tengan habilitado el acceso a un recurso alterno. De esta forma, las organizaciones internacionales se ven obligadas a proporcionar un recurso legal razonable si pretenden resguardar su inmunidad. Freedman (2014, pág. 241) señala que esta doctrina está justificada por el principio de los derechos humanos de acceso a los tribunales.

Por ejemplo, la ONU goza de inmunidad jurisdiccional en todos los países miembros en merito a la Carta de las Naciones Unidas y a la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de la ONU. No obstante, este último instrumento también establece en la sección 29 que la Organización tiene el deber de resolver cualquier reclamo de derecho privado en el que ella sea parte, a través de mecanismos alternativos de resolución de disputas, de forma que la ONU cuenta con tribunales administrativos internos. Así, el establecimiento de recursos internos supone un contrapeso a la inmunidad absoluta de la ONU al permitir que los demandantes accedan a un tribunal o un recurso a través de mecanismos alternativos.



Freedman (2014) señala que el requerimiento de establecer recursos internos tiene en la práctica dos objetivos fundamentales, como son i) garantizar la independencia de la Organización y de sus funcionarios de los sistemas judiciales nacionales, y al mismo tiempo ii) eliminar la posibilidad de impunidad de la Organización. Reinisch, citado por Freedman (2014, pág. 245), señala que los mecanismos alternos se consideran cada vez más como un requisito derivado de las obligaciones de los tratados que establecen organizaciones internacionales, y al mismo tiempo suponen el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos que implican el acceso a la justicia por parte de los Estados que conforman la Organización.

El test del recurso alternativo razonable resulta ser una solución inteligente a la hora de evaluar el otorgamiento de la inmunidad, que funciona tanto para la inmunidad de las organizaciones internacionales, pero también para casos de inmunidad jurisdiccional de los Estados. Si bien la inmunidad de las organizaciones internacionales tienen un fundamento diferente a la inmunidad estatal en tanto que no obedece a los mismos fundamentos, sino principalmente a tratados constitutivos, según Berenson (s/f, pág. 137), el efecto de la inmunidad resulta ser el mismo para el titular de un derecho.

Bajo esta doctrina se ha sentenciado en algunos casos italianos, españoles y franceses, donde los tribunales han anulado la inmunidad cuando la Organización internacional no ofreció ningún otro remedio. Webb (2016, pág. 756) cita el caso “Banque africaine de développement v. M.A. Degboe” del año 2008 en el que un ex empleado del Banco



Africano de Desarrollo no pudo acceder al tribunal administrativo porque se creó después de su despido, por consiguiente carecía de jurisdicción sobre su reclamo, razón por la cual la Corte de Casación francesa sostuvo que la imposibilidad de acceso a la justicia constituiría una denegación de justicia y que por lo tanto el Banco demandado no era inmune.

Ahora bien, no solamente se trata del establecimiento de un recurso alternativo, sino que el mismo debe cumplir con un mínimo de garantías para poder ser aceptado como un recurso alternativo al recurso ante una corte nacional. Freedman (2014, pág. 251) señala que este punto fue desarrollado en el caso “Siedler v. Western European Union”, donde la Corte Laboral de Apelaciones de Bruselas resaltó que el mecanismo alternativo de solución de controversias debería cumplir con ciertas normas del debido proceso para garantizar que no se violara el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

González (2016, pág. 252) señala que el TEDH no proporciona una claridad sobre lo que un recurso alternativo necesita, no obstante, este autor propone superar esta indeterminación por vía interpretativa a la doctrina de la “protección equivalente” que estableció el TEDH en el caso “Bosphorus contra Irlanda” cuando señaló que se considerara aceptable toda protección que al menos proporcione garantías materiales y procesales equivalente a la que garantiza el TEDH. Basta que sea una protección “comparable” y no idéntica, es decir, que el recurso alternativo sea suficiente para proteger los derechos de los justiciables.



En este contexto, como señala Gonzales (2016, pág. 255), un recurso alternativo debe presentar garantías adecuadas de independencia y otros aspectos propios de una tutela jurisdiccional efectiva, para poder considerar que ha alcanzado un punto de equivalencia a un recurso en el sentido del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Webb (2016, pág. 757) señala como ejemplos a los tribunales franceses, italianos, suizos y belgas, quienes han evaluado los sistemas de justicia internos de las organizaciones internacionales. Así, la Corte de casación francesa ha comparado la protección del recurso alterno con la protección que su ordenamiento interno proporciona, los tribunales italianos han comparado el recurso otorgado con lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo. Webb también presenta el caso de tribunales argentinos en los que existe la tendencia a dejar de lado la inmunidad de las organizaciones internacionales si el sistema alternativo de solución de diferencias simplemente no existe.

La lógica planteada por la doctrina del recurso alternativo razonable no ha sido considerada por la CIJ en el caso “Alemania v. Italia”, donde se desestimó el argumento de Italia según el cual la denegación de inmunidad a Alemania por parte de sus tribunales era justificada debido a que todos los demás intentos de obtener una indemnización para los diversos grupos de víctimas implicados en el procedimiento habían fracasado. Según la Corte Internacional, no existe una base probatoria en la práctica pertinente de los Estados para vincular el derecho de un Estado a la inmunidad con la existencia de un medio alternativo efectivo para garantizar la reparación.



No obstante, como ya se ha mencionado previamente, la decisión así tomada por la CIJ no detiene el desarrollo progresivo del derecho que puede acoger la doctrina del test del mecanismo alterno razonable no únicamente para la inmunidad de las organizaciones internacionales, sino también para la inmunidad estatal.

Veamos a continuación dos casos en los cuales la doctrina del recurso alterno se ha expresado con claridad, uno emitido en el contexto del TEDH y el segundo en la Corte Suprema de los Países Bajos.

c.1 Waite and Kennedy v. Germany

La piedra angular de la doctrina del test del recurso alterno razonable se encuentra en dos casos dictados el mismo día el TEDH: “*Waite and Kennedy v. Alemania*” (1999) y “*Beer and Regan v. Alemania*”.

En estos casos, los trabajadores de la Agencia Espacial Europea impugnaron sus despidos, considerando que bajo las leyes alemanas ellos no podían ser despedidos, por lo que acudieron a los tribunales alemanes a fin de obtener reposición. Las decisiones de primera y segunda instancia terminaron por declarar la improcedencia de las demandas por razón



de la inmunidad de la organización demandada. Los demandantes acudieron al TEDH alegando la violación del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En la determinación del caso, el TEDH evaluó primero la legitimidad de la limitación, la cual consideraron legítima en tanto la inmunidad busca proteger la independencia de las organizaciones internacionales. Respecto al juicio de proporcionalidad, el Tribunal consideró que se debía examinar si los demandantes disponían de “vías alternativas razonables” para proteger eficazmente sus derechos, conforme se desarrolla en el siguiente párrafo.

En el considerando 23 de la sentencia del 28 de febrero de 1999, el TEDH identificó que en el capítulo VIII del Estatuto del personal de la Agencia Espacial Europea se establece una Junta de Apelaciones con competencia sobre las diferencias que surjan dentro de la organización. La Regulación 33 del Estatuto regula la competencia de la Junta conforme a los siguientes puntos: i) el establecimiento de una Junta de Apelaciones, independiente de la Agencia, para conocer de las disputas que surjan entre la Agencia y un miembro del personal, un ex miembro del personal o personas con derecho bajo él; ii) la Junta de Apelaciones deroga toda decisión que sea contraria al Estatuto del Personal o a todo derecho adquirido y si los intereses personales del demandante se ven afectados; iii) la Junta de Apelaciones puede ordenar a la Agencia reparar cualquier daño sufrido por el reclamante; iv) si la ejecución plantea dificultades importantes, la Junta de Apelaciones puede otorgar una indemnización al demandante por el daño que ha sufrido.



En el considerando 25 de la sentencia, el TEDH considero que el artículo 6 del acuerdo entre el gobierno alemán y el Centro de Operaciones Espaciales Europeo, establecía que i) las actividades de la Organización en Alemania se regirían por la ley alemana, ii) si los términos de empleo de un miembro del personal de la organización no se rigen por el reglamento del personal, entonces se aplicarían las leyes y reglamentos alemanes, y iii) las controversias entre la Organización y los miembros del personal que no sean de la competencia de la Junta de Apelaciones, estarán sujetas a la jurisdicción alemana.

Con base en estas disposiciones sobre el funcionamiento de la organización, el TEDH concluyó primero en que cuando los Estados establecen organizaciones internacionales y les otorgan inmunidades, puede haber implicaciones en cuanto a la protección de los derechos fundamentales. En ese contexto, sería incompatible con el propósito y el objeto del CEDH si los Estados contratantes quedaran eximidos de su responsabilidad por el solo hecho de delegar inmunidad a una organización. En consecuencia, el TEDH estableció que para determinar si la CEDH permite la inmunidad de la Agencia Espacial Europea respecto de la jurisdicción alemana, se debería evaluar si los solicitantes tenían a su disposición medios alternativos razonables para proteger efectivamente sus derechos en virtud de la Convención.

Bajo tal conclusión, el tribunal señaló que efectivamente, los demandantes tenían a su disposición los medios impugnatorios establecidos en el Estatuto de trabajadores de la



organización y que existía un órgano destinado para ello que era la Junta de Apelaciones, la cual además era independiente de la agencia. Consecuentemente, la corte advirtió que no puede decirse que la limitación del acceso a los tribunales alemanes con respecto a ESA menoscabase la esencia del "derecho a un tribunal" o que tal restricción sea desproporcionada para el propósito del Artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

González (2016, pág. 252) señala que esta decisión ha creado lo que se conoce como el test de las vías alternativas razonables de solución de diferencias, según la cual siempre que una organización disponga de vías alternativas de solución de diferencias, podrá presumirse que se está respetando el derecho de acceso a los tribunales, lo que será particularmente importante en las relaciones entre los empleados y la organización.

La jurisprudencia del caso “Waite and Kennedy” ha sido codificada en España en la Ley Orgánica 16/2015 del año 2015, en cuyo párrafo segundo del artículo 35.1 se señala:

cuando se trate de procedimientos de Derecho privado o de procesos del ámbito laboral relativos a miembros del personal de las organizaciones internacionales, estas no podrán hacer valer la inmunidad, salvo que acrediten disponer de un mecanismo alternativo de resolución de la controversia, ya esté previsto en el tratado constitutivo, los estatutos, el reglamento interno o en cualquier otro instrumento aplicable de las organizaciones internacionales.



c.2 Caso SUEPO

Respecto a tribunales nacionales, un buen ejemplo de la aplicación de la doctrina del test del recurso alternativo razonable es el caso “SUEPO and others v. The European Patent Organization” del año 2017 ante la Corte Suprema de Holanda (2015), donde la inmunidad se ve enfrentada al derecho de acceso a un recurso efectivo por parte de 3 sindicatos.

En este caso, el sindicato de la EPO, organización internacional de Europa sobre patentes, demandó a la organización ante los tribunales holandeses por considerar que las nuevas disposiciones del Reglamento del Servicio de estas organizaciones limitaban excesivamente el trabajo del sindicato, como es el derecho de huelga o la negociación, y también el acceso que como sindicato pudiera tener al tribunal administrativo de la organización ya que este solo estaba disponible para disputas individuales de los trabajadores. Ante esta demanda, EPO se escudó en la inmunidad de jurisdicción establecida en el Protocolo sobre privilegios e inmunidades de 1973.

En primera instancia, el juez preliminar estableció en sentencia que la inmunidad de la EPO era desproporcionada porque el sindicato de trabajadores no tenía acceso directo al Tribunal administrativo. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal de Apelaciones de La Haya en la sentencia de febrero de 2015 (Suepo and Others v. The European Patent Organization, 2015), señalando en el fundamento 3.6 que el factor decisivo al momento de verificar la inmunidad es si la limitación del acceso al tribunal



nacional afecta "la esencia de su derecho a un tribunal" o si la protección de los derechos garantizados por el TEDH es "manifiestamente deficiente", examen después del cual el tribunal encontró la existencia de vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo establecido en el artículo 6 del CEDH.

Respecto a este punto, EPO argumentó que como organización internacional no estaba obligada por las disposiciones del CEDH. El Tribunal de Apelaciones señaló que la obligación de garantizar los derechos y libertades para todos los que vienen bajo su jurisdicción según el artículo 6 de la CEDH recaía en las cortes holandesas como órgano del gobierno holandés, y como tal también la corte tenía la obligación de aplicar las disposiciones del Protocolo que establece la inmunidad de la EPO y que, ante tal conflicto entre disposiciones, se debía examinar la prioridad. Adicionalmente la corte también consideró otras "circunstancias adicionales" como la naturaleza de los derechos de los sindicatos que suponen principios fundamentales de un Estado constitucional democrático, así como una presunta violación de derechos de forma sistemática y de gran alcance.

Finalmente, el Tribunal Supremo de los Países Bajos (*Suepo and Others v. The European Patent Organization*, 2017) en su sentencia del 20 de enero de 2017 sentencio reconociendo la inmunidad a la EPO, ello después de verificar que el Reglamento de Servicio para Empleados Permanentes de la EPO establecía un procedimiento especial ante el Comité de Apelaciones Interno para resolver disputas entre los empleados y la organización, que si bien está configurada para reclamaciones individuales y no colectivas, el representante de



los trabajadores tenía la posibilidad de defender los intereses de todos estos a través de una solicitud individual, lo que podría equipararse a un medio razonablemente alternativo.

c. Otros mecanismos para la determinación de los derechos

Es claro que un óptimo ejercicio del derecho de acceso a un recurso efectivo no comprende la posibilidad de restringir de forma absoluta y definitiva el derecho, lo que además supone una infracción a las obligaciones internacionales que el Estado del foro haya aceptado mediante instrumentos de derechos humanos, por sujeción a la costumbre internacional, como obligaciones bajo su derecho interno.

No obstante, en presencia de inmunidad de jurisdicción estatal los recursos alternativos razonables no existen, o establecerlos resulta inviable en la medida que para sujetar al Estado demandado a una jurisdicción alterna se necesita del consentimiento de éste. Mirabbassi (2014, pág. 224) señala que la misma CIJ ha señalado que el Estado que goza de inmunidad no está obligado legalmente a prever o crear los arreglos, mecanismos o soluciones para una reparación de las víctimas por el goce de la inmunidad a diferencia de lo que sucede con las Organizaciones Internacionales.



Por ello, es menester evaluar si existen otros mecanismos que permitan el acceso a un recurso efectivo en aquellos casos en los que la inmunidad estatal se impone.

c.1. Posibilidad de demandar ante los tribunales nacionales del Estado extranjero

Como se ha desarrollado en la sección referida al carácter formal de la inmunidad de jurisdicción estatal, la inmunidad no supone la extinción del derecho sustantivo, sino que tiene por efecto trasladar la competencia de los tribunales del Estado del foro a los tribunales del Estado extranjero quienes resultan competentes a la luz de la norma de la inmunidad.

No obstante, tal posibilidad resulta ser una quimera, un establecimiento formal de un recurso judicial que no tiene visos de materializarse. Si a esta posibilidad se aplica el test de un recurso alterno razonable, los tribunales del Estado extranjero no la superarían, principalmente por tres cuestiones que representan un problema en el traslado del proceso laboral sobre reposición a la esta jurisdicción extranjera.

La primera cuestión está referida al acceso al tribunal extranjero, en tanto que demandar en el extranjero es un supuesto quimérico para el empleado despedido por diferentes barreras



existentes (económicas, idiomáticas, culturales, asimetría de poder, etc.). La segunda cuestión está referida a la disponibilidad de un foro en el Estado extranjero, que presenta cuestiones tales como que los tribunales no estén dispuestos a hacer suyo el proceso, la dificultad de precisar cuál tribunal conocerá el proceso e incluso tener en cuenta la existencia de uno. La tercera cuestión está referida a la adecuación, suponiendo que existe un tribunal disponible al que se tiene acceso en el Estado extranjero, estos no serán adecuados para la determinación de los derechos sustantivos que presenta la demanda de reposición, lo que entraña problemas más concretos como la cuestión del derecho aplicable, el acceso a pruebas, la disponibilidad de testigos, etc.

Por estas razones, el tribunal nacional del Estado extranjero no supone un recurso alternativo razonable para quien pretenda demandar la determinación de un derecho sustantivo, que además está sustentado en el derecho interno de un ordenamiento jurídico externo. Según Quintana (2006, pág. 94) el Estado del foro resulta ser el único y natural garante de las actividades u omisiones realizadas por los titulares de los privilegios e inmunidades que este les otorga.

c.2. El caso del daño especial en Colombia

Ante la imposibilidad de poder acceder a un recurso efectivo ante un tribunal nacional como otros recursos alternativos, en algunos países se ha desarrollado una doctrina



según la cual el titular de un derecho vulnerado puede acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa contra su propio Estado (del foro) en busca de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos.

La reclamación así planteada supone que el Estado del foro no ha cumplido con su obligación de otorgar un recurso efectivo a sus ciudadanos en virtud de sus obligaciones internacionales e internas por lo que ahora debe afrontar con los daños derivados de la vulneración.

Quintana (2006, pág. 92) señala que la teoría del “daño especial”, principalmente desarrollada en Colombia, es un concepto de la responsabilidad administrativa que se fundamenta en el principio de derecho público de “igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas”, lo que significa que *“cuando un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar el Estado; pero si en un momento dado debe soportar una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la administración debe indemnizar”*.

El Consejo de Estado de Colombia, máxima autoridad de la jurisdicción en materia contenciosa administrativa, en la Sentencia del IJ0001 del 25 de agosto de 1998, se ocupó sobre la *“responsabilidad patrimonial del Estado por cumplimiento de tratado internacional”* en el contexto de las inmunidades diplomáticas de la forma siguiente:



Los privilegios que se conceda a Estados o a sus diplomáticos acreditados, corren a cargo de la nación, y no sería equitativo que revertieran a cargo de una persona en particular.

Si del cumplimiento del tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la nación colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los Estados.

En todo caso, la garantía de acceder a la administración de justicia (art. 229 de la C.P.), no puede sufrir excepción y para que se haga efectiva en el caso sub judice se abre paso la demanda contra el Estado Colombiano quien legítimamente conduce sus relaciones internacionales, asume obligaciones de la misma estirpe mediante tratados, promulga, cumple y hace cumplir sus propias leyes

En síntesis, puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y presidente de la República), que causa un daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la



igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la C.P. (Expediente IJ-001, 1998, parr. 43, 44, 45)

De lo expuesto por el Consejo de Estado colombiano, Suárez (2014, pág. 155) advierte que el “daño especial” se configura por la no justiciabilidad de un derecho, ello como consecuencia de un doble hecho: i) existe una privación al titular de un derecho para poder demandar la reparación a que tienen derecho contra el agente que ejecuta el daño material por aplicación de las normas de la inmunidad Estatal y ii) el desequilibrio que existe sobre las cargas públicas, en este caso el cumplimiento de la norma de inmunidad, la cual debería ser soportada todos los ciudadanos en igualdad de condiciones, pero que por las circunstancias que genera la inmunidad, resultan siendo impuestas solo al titular del derecho.

Kartusch (2011, pág. 34) señala que el Tribunal Supremo Administrativo francés, en el contexto de trabajadores domésticos que laboran en embajadas, procuro un canal alternativo para que los trabajadores obtengan una indemnización por parte del Estado del foro. Este autor cita la Sentencia 325253 de febrero de 2011, sobre una trabajadora doméstica de un delegado diplomático de la Unesco quien tenía una Sentencia estimatoria a su favor para el pago de una indemnización que no podía cobrar en consecuencia de la inmunidad de ejecución existente; en apelación el Tribunal determinó que, bajo la doctrina de responsabilidad estatal, el gobierno francés estaba obligado a pagar una indemnización a la trabajadora. Según el autor, esta doctrina establece la responsabilidad del Estado en



los casos en que una obligación internacional de Francia tiene un efecto negativo significativo no intencional sobre un pequeño grupo de personas.

Carrera (2007, pág. 90) cita al Tribunal Constitucional español que en la Sentencia 107 del año 1992 reconoció la responsabilidad extracontractual del Estado del foro cuando por motivos de inmunidad existe la imposibilidad de ejecución de una sentencia contra un Estado extranjero.

Sin embargo, existen algunas dificultades con relación a la doctrina del daño especial. Por ejemplo Carrera (2007, pág. 90) señala dificultades sobre la carga probatoria aplicada que el titular de derecho para acreditar los requisitos de la responsabilidad del Estado del foro, el nexo causal entre el perjuicio sufrido y la imposibilidad de acceder a un recurso, entre otras. Así también, la aplicación de esta doctrina supondrá aceptar por más tiempo la inmunidad jurisdiccional como una restricción al acceso a la justicia, en lugar de direccionar el desarrollo progresivo del derecho a la restricción de la inmunidad.



c.3. Protección diplomática

También se plantea la protección diplomática como alternativa de protección que el Estado del foro puede brindar a sus ciudadanos cuando, por motivo de la inmunidad estatal, exista imposibilidad jurídica de otorgar un recurso efectivo.

El proyecto de artículos sobre la protección diplomática elaborado por la CDI, define a esta institución como *“la invocación por un Estado, mediante la acción o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad”*.

En este sentido, la protección diplomática es la puesta en marcha por un Estado de los mecanismos de acción diplomática o judicial internacional para la reparación de los daños sufridos por sus nacionales. Fernández-Lomana (Fernández-Lomana García, 2008, pág. 113) señala que el Estado del foro, a través de sus poderes públicos, debe adoptar una posición de defensa de la legalidad internacional, pero al mismo tiempo una de defensa del interés de sus ciudadanos ante la vulneración de derechos por parte de un Estado extranjero.

No obstante, la protección diplomática no constituye un medio alternativo a un recurso judicial u otro análogo por diferentes razones. Una primera razón es que la figura de la



protección diplomática constituye un derecho para el Estado, pero no un derecho para el ciudadano, ya que tiene como objetivo permitir al Estado defender su interés de hacer respetar el Derecho internacional en las personas de sus nacionales. Francioni (2009, pág. 731) señala que cuando el Estado interviene, mediante la protección diplomática, para proteger a sus nacionales lesionados, reivindica su propio derecho en lugar del derecho de la persona lesionada, con la consecuencia de que el Estado haga uso de dicho derecho y de la eventual compensación que ha podido obtener

La segunda razón, derivada de la primera, es la discrecionalidad que tiene el Estado del foro para hacer uso de la protección diplomática. Tal como lo estableció la CIJ en el caso “Barcelona Traction”, el Estado es único juez que decide si otorgará o no su protección diplomática, en qué medida se concede y cuándo esta cesará. De esta forma, el ciudadano que solicite la protección diplomática no puede obligar al Estado a brindársela. El Tribunal Constitucional español en la sentencia 1987/516, citada por Fernández-Lomana (2008, pág. 113), señaló que *“la protección diplomática es un derecho del Estado, pero no es un derecho del individuo, por ello es indiscutible que si éste la solicitase, el Estado puede rechazarla por consideraciones de orden político nacional o internacional”*.

A estas dos razones se debe aunar que la protección diplomática, como instrumento de política exterior, está sujeto a los intereses internacionales del Estado, razón por la cual la protección diplomática no girara en torno a la protección de los derechos vulnerados del



individuo, sino en torno a factores externos como es el mantenimiento de una relación más amplia entre los dos gobiernos involucrados.

Si bien una parte de la doctrina defiende la posición de que la negativa del gobierno a ofrecer protección diplomática genera responsabilidad para con el nacional, nada puede garantizar una que el gobierno acoja la protección o que la mantenga hasta el reestableciendo de los derechos reclamados. La Asociación de Derecho Internacional en su Resolución sobre la protección diplomática de personas y propiedad (International Law Association, 2006) señala que la negativa del gobierno a acoger un reclamo debe estar sujeto a revisión judicial para la prevención de la arbitrariedad, pero aun es este caso la revisión judicial no estará encaminada a hacer cumplir la protección diplomática, sino garantizar que el gobierno haya reconsiderado su posición. Es importante tener en cuenta que comúnmente los Estados sacrificarán los derechos legales de sus nacionales a consideraciones políticas competitivas, como el mantenimiento de relaciones amistosas con el Estado responsable de la vulneración.

Ahora bien, la sola solicitud de protección diplomática implica la superación de requisitos procedimentales y condiciones formales previas necesarias para el inicio de una reclamación, lo que supone un nuevo obstáculo. Una primera dificultada está dada por el requisito previo del agotamiento de los recursos internos para el ejercicio de la protección diplomática, que la Asociación de Derecho Internacional (International Law Association, 2006) en la Resolución sobre la protección diplomática de personas y propiedad, ha



establecido como principio de derecho internacional. En el caso de la inmunidad jurisdiccional en procesos laborales, el cumplimiento de este requisito podría significar no solo el agotamiento de los recursos internos del Estado del foro, sino también el agotamiento de los recursos internos del Estado extranjero.

Una segunda dificultad supone la carga probatoria del ciudadano sobre la vulneración de un derecho internacional, en tanto que la protección diplomática está direccionada a la protección de las personas sobre el incumplimiento de obligaciones internacionales. Carrera (2007, pág. 90), citando a Sánchez Rodríguez, señala que siendo teóricamente posible, esta carga de prueba no resulta fácil en términos prácticos, ya que supone demostrar que el Estado extranjero ha violado una norma de derecho internacional, lo que significa demostrar que se han cometido violaciones de normas concretas contenidas en tratados que directamente crean derechos para las personas o cuando se transgreden derechos humanos.

Finalmente, aun cuando se superen las dificultades señaladas, la protección diplomática supone necesariamente un largo camino de negociación entre Estados. y es aquí donde nuevamente se evidencia la incompatibilidad de la protección diplomática con el derecho de acceso a un remedio, ya que la negociación entre los Estados no es un proceso que sea previsible, sino que está fuertemente sujeto a la discrecionalidad de los Estados y a un análisis de caso por caso, tal como expone McGregor (2008, pág. 909). Además Kartusch



(2011, pág. 29) señala que las negociaciones son llevadas a cabo a puerta cerrada sin la participación del titular del derecho vulnerado.

En conclusión, la protección diplomática es un instrumento incapaz de ofrecer un remedio alternativo para la determinación de derechos vulnerados y no puede ser equiparado a un recurso alternativo o una vía que pueda suplir las consecuencias jurídicas de la privación al acceso a un recurso efectivo.

c.4 Sistema de órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas

Kartusch (2011, pág. 45), en su informe sobre trabajadores domésticos en hogares de diplomáticos, señala que una canal para buscar reparación en casos individuales de violaciones de derechos humanos es el sistema de órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, mediante los respectivos comités encargados de monitorear la implementación de los tratados que tienen jurisdicción para recibir denuncias individuales establecidas en algunos tratados y protocolos de derechos humanos como por ejemplo la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, el “Pacto internacional de civiles y derechos políticos” y “Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales”.



No obstante, esta alternativa solo es aplicable, en la medida que proceda, si tanto el Estado del foro como el Estado extranjero son parte del mismo tratado y si han consentido jurisdicción para el comité o tribunal establecido para juzgar sobre los derechos contenidos en tales instrumentos. La misma situación presenta una parte de la doctrina según la cual la ratificación por un Estado de un tratado de derechos humanos con la obligación de proporcionar recursos efectivos equivaldría a una renuncia tacita a la inmunidad jurisdiccional de la que podría gozar frente a tribunales nacionales, en tanto que el Estado ha aceptado cumplir con las normas legales establecidas en el tratado.



2.3. Definición de términos

2.3.1. Actos ius gestionis

Se refiere a los actos del Estado realizados por derecho de gestión o administración, ello en calidad de sujeto privado. (JUSPEDIA, Juspedia Diccionario Jurídico, s/f). También se hace referencia al mismo como el “carácter privado de los actos o actividades de los Estados” en relación con la cual un Estado “puede hacer todas las demás cosas como cualquier sociedad dotada de personalidad jurídica” (Vol. II Primera parte, 1982, pág. 256)

2.3.2. Actos ius imperii

Se refiere a los actos del Estado realizados por derecho de soberanía (los actos realizados por el Estado en el ejercicio de sus facultades soberanas). En los trabajos preparatorios realizado por la Comisión de Derecho internacional y la Convención sobre inmunidades se hace referencia al mismo como “prerrogativas del poder público” o “actos en el ejercicio del poder público”.



2.3.3. Comisión de derecho internacional

Es el órgano independiente creado el 21 de noviembre de 1947 por la Asamblea General de las Naciones Unidas con la misión de favorecer el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional mediante la redacción de proyectos de artículos sobre cuestiones de derecho internacional. (Naciones Unidas, s/f)

2.3.4. Contratos de trabajo para fines de la inmunidad estatal

En los trabajos preparatorios de la Convención sobre Inmunidades de 2004, la Comisión de Derecho Internacional ha delimitado la esfera de los “contratos de trabajo” a aquellos contratos “concertados por un Estado con individuos para el desempeño de servicios dentro del territorio de otro Estado” (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 34) adicionando a ello que el individuo con quien se concertó sea un nacional o residente permanente de ese otro Estado.

Para remarcar el alcance de esta esfera de actividad, se ha mencionado que “los «contratos de trabajo» que se están examinando se limita al trabajo por el Estado de individuos en un servicio que se ha de rendir o desempeñar en el territorio de otro Estado, es decir, en el territorio del foro; en otras palabras, dentro de la jurisdicción del tribunal de ese otro Estado” y en tal sentido “la substancia de esta esfera determinada de excepciones a las



inmidades del Estado abarca la posibilidad de demandar por obligaciones aceptadas por un Estado u obligatorias para éste, resultantes de contratos de trabajo de individuos para el desempeño de servicios en otro Estado”. (Vol. II Primera parte, 1983, pág. 35)

2.3.5. Estado del foro

La Comisión de Derecho Internacional, en los trabajos preparatorios de la Convención sobre inmidades, refirió que el término “Estado del foro” se usa:

“para designar el Estado ante cuyas autoridades se han iniciado acciones y se han invocado las inmidades jurisdiccionales. «Estado territorial» es, pues, el Estado en cuya jurisdicción territorial se ha planteado un litigio en el que está implicado otro Estado que alega estar exento del ejercicio de tal jurisdicción sobre un Estado no incluido en su ámbito territorial y que no quiere o no consiente en someterse a ella. El Estado del territorio es, por consiguiente, aquel cuyo ejercicio de jurisdicción se pone en duda porque una parte demandada ante sus autoridades disfruta de una condición igualmente soberana y no está por eso sujeta a su jurisdicción ni puede ser sometida a ella sin su consentimiento”. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 215)



2.3.6. Estado extranjero

La Comisión de Derecho Internacional en los trabajos preparatorios de la Convención sobre inmunidades ha definido al Estado extranjero como:

un Estado ajeno a la jurisdicción del Estado territorial. Tiene una identidad distinta del Estado local cuya jurisdicción territorial se ha invocado en una acción dirigida contra el Estado exterior o extranjero o en la que estén implicados bienes de su propiedad. El Estado extranjero es, por consiguiente, una condición sine qua non de la situación en que se plantea la cuestión de la inmunidad de iguales. Es el otro igual en la dualidad de la igualdad de los Estados.” (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 215)

Para un mayor alcance de los que supone un Estado extranjero, la Comisión profundizo en los siguientes términos:

La expresión «Estados extranjeros» se refiere naturalmente a todos los Estados, y a todos los tipos de Estado sea cual fuere su estructura política o económica, e independientemente de la denominación que se les dé, ya sea la de Estados, Repúblicas, Reinos, Imperios, Comunidades de naciones o cualquier otra. Todo Estado, cualquiera que sea su denominación, actúa normalmente por conducto de su gobierno central. Por consiguiente, cualquier acción contra un gobierno extranjero es, pues, una acción contra el Estado extranjero en cuyo nombre ha actuado ese gobierno.



El gobierno de un país suele estar compuesto de órganos y departamentos subsidiarios que actúan en su nombre. Esos órganos estatales y departamentos del gobierno pueden ser, y son con frecuencia, entidades jurídicas separadas dentro del sistema jurídico interno. Aunque sin propia personalidad jurídica internacional, pueden representar al Estado o al gobierno central del Estado del que forman parte integrante. Ejemplos de órganos del Estado y de departamentos del gobierno son los diversos ministerios que componen el gobierno central, incluidas las fuerzas armadas, las divisiones o departamentos subordinados de cada ministerio, tales como embajadas, misiones especiales y oficinas consulares, así como otras oficinas, comisiones o consejos que, aun cuando no formen parte de ningún ministerio, son órganos estatales responsables ante el gobierno central o ante uno de sus departamentos, o son administrados por éste. También pueden gozar de la inmunidad del Estado otros órganos principales tales como los legislativos y judiciales de un Estado extranjero. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 218)

2.3.7. Inmunidad jurisdiccional

En la redacción de la Convención sobre Inmunidades de 2004, la Comisión de Derecho Internacional señaló que la norma de Inmunidad jurisdiccional está referida “tanto al derecho de los Estados soberanos a no estar sometidos al ejercicio del poder de los tribunales para sentenciar como al de no estar sometidos al ejercicio que, de todos los



demás poderes administrativos y ejecutivos, haga, mediante cualesquiera medidas o procedimientos, otro Estado soberano. El concepto abarca, por otra parte, todo el proceso judicial, es decir, la instrucción, el juicio, la sentencia y la ejecución de ésta” (Vol. II Primera parte, 1979, pág. 244)

2.3.8. Igualdad soberana de los Estados

Regla consuetudinaria de Derecho Internacional que establece que todos los estados reconocidos por la comunidad internacional, independientemente de su extensión territorial o poblacional, poder económico, etc., son jurídicamente iguales y gozan de autonomía en su administración interna. Esta regla fue reconocida como principio del Derecho Internacional en la Resolución de Naciones Unidas N° 2625 del 24/10/1970 que declara: “todos los Estados gozan de igualdad soberana, tienen diferentes derechos y deberes y son iguales miembros de la comunidad internacional; pese a las diferencias de orden económico, político, cultural y de otra índole”.



2.3.9. Jurisdicción

La Comisión de Derecho Internacional en los trabajos preparatorios de la Convención sobre Inmunidades de 2004, señaló que, para el contexto de la inmunidad jurisdiccional, el término jurisdicción comprende lo siguiente:

- i) el poder de juzgar,
- ii) el poder de decidir cuestiones de derecho y, de hecho,
- iii) el poder de administrar justicia y de tomar medidas adecuadas en todas las fases del procedimiento judicial, y
- iv) Los demás poderes administrativos y ejecutivos normalmente ejercidos por las autoridades judiciales, administrativas y de policía del Estado territorial. (Vol. II Primera parte, 1980, pág. 221)

A su vez, la jurisdicción no tiene un contenido estrictamente judicial. En efecto, ella no sólo abarca la facultad de conocer y resolver una contienda, sino también incluye todas aquellas facultades a ejecutivas ejercidas por las autoridades judiciales, administrativas y policiales del Estado territorial. Hay que puntualizar sí que la jurisdicción que normalmente comprende la potestad de ejecución de fallo, en el campo de las inmunidades de jurisdicción, es distinta de la inmunidad de ejecución. Tanto es así que la renuncia de la primera, no importa la de la segunda.



2.4. Formulación de hipótesis

El juez nacional laboral peruano cuenta con un argumento legal razonable que le permite superar la vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo en procesos de reposición laboral contra un Estado extranjero en el cual se invoque de inmunidad jurisdiccional estatal; el mismo que consiste en una interpretación sistemática entre la obligación del Estado peruano de otorgar y garantizar el acceso a un recurso efectivo al empleado demandante y la obligación de otorgar inmunidad al Estado extranjero empleador, aplicado el test del recurso alternativo razonable para identificar la existencia de vulneración a al derecho de acceso a un recurso efectivo y determinando que el alcance de la inmunidad de jurisdicción estatal no alcanza a los procesos que tengan por pretensión la reposición laboral.



CAPÍTULO III: DISEÑO METODOLÓGICO

3.1. Diseño

ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN	Cualitativo Documental: Puesto que el estudio se basa fundamentalmente en el análisis de la información documental
TIPO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA	Dogmática exploratoria: Puesto que se orienta a establecer la conveniencia o no de considerar como foro a un tribunal extranjero en materia de reposición laboral.

Fuente: Elaboración de la autora.



3.2. Categorías de estudio

PRIMERA CATEGORÍA	Immunidad Jurisdiccional de los Estados
SEGUNDA CATEGORÍA	Derecho de acceso a un recurso efectivo en procesos de reposición laboral contra un estado extranjero en el Perú

Fuente: Elaboración de la autora.

3.3. Universo y técnica de recolección de datos

El universo de nuestro estudio está constituido por todos los casos en los que se busca someter la pretensión de reposición laboral a tribunales extranjeros.

Por ser un estudio de carácter dogmático en el que el análisis documental se refiere a un conjunto de disposiciones normativas respecto a la reposición laboral y la jurisdicción de los tribunales extranjeros, el presente estudio no tiene una muestra cuantificada específicamente.



3.4. Técnica de recolección de datos

Para la realización de la presente investigación de carácter dogmático, se ha realizado un análisis documental de diferentes documentos de los cuales los más relevantes están referidos a los trabajos preparatorios del Proyecto de artículos sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, leyes nacionales y tratados internacionales, jurisprudencia de cortes nacionales e internacionales y doctrina autorizada. El contenido de estos documentos ha sido recolectado y sistematizado mediante fichas de análisis documental.



CAPÍTULO IV

4.1. Resultados

El Perú, como Estado parte de la Convención Americana de derechos humanos, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos humanos, entre otros instrumentos que establecen el derecho de acceso a un recurso efectivo, así como en mérito de la costumbre internacional y los principios generales de derecho, tiene la obligación de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción el acceso a un recurso efectivo y adecuado. En el caso de empleados peruanos o residentes permanentes que laboran para Estados extranjeros acreditados en Perú, tal recurso solo puede encontrarse en el juzgado laboral cuya competencia interna está establecida por Ley.

El derecho de acceso a un recurso efectivo puede estar sujeto a restricciones siempre que las mismas sean legítimas y proporcionales. La inmunidad jurisdiccional de los Estados, como restricción al derecho en cuestión, aplicada en los procesos de reposición laboral contra Estados extranjeros, resulta ser una restricción que no supera el test de



proporcionalidad, así como el test de protección comparable. Consecuentemente, se configura una vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo.

Ante la inminente configuración de vulneración al derecho de acceso a un recurso efectivo por otorgamiento de inmunidad, la obligación del Estado se manifiesta de una forma positiva, consistente en garantizar a los empleados despedidos por un Estado extranjero el acceso a los juzgados laborales; y de forma negativa consistente en la obligación de denegar la inmunidad al Estado extranjero demandado, aun cuando este último la reclame.

Para el cumplimiento de estas obligaciones, el juez laboral peruano tiene un papel fundamental en tanto es quien, en último término, puede determinar su propia jurisdicción ante procesos sobre reposición laboral contra un Estado extranjero. Para este fin, cuenta con suficientes argumentos de derecho internacional que le permitirán realizar una interpretación sistemática que anude las obligaciones internacionales del Estado peruano (la obligación de respetar la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero y la obligación de realización de los derechos humanos).

Mediante una adecuada interpretación sistemática y un argumento legal razonable sustentado en derecho internacional, el Estado peruano, mediante la actuación del juez laboral, no cometerá una infracción de la obligación del Estado de respetar la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero, sino más bien se estará siendo parte del desarrollo progresivo de la norma de inmunidad impulsado por la extensa práctica estatal que niega



la inmunidad en casos de reposición laboral y que constituye la gestación de una nueva costumbre internacional. Es decir, que el ejercicio de jurisdicción estará dentro de la legalidad internacional. Es menester enfatizar que la experiencia internacional ha demostrado que no existe la probabilidad de la generación conflictos permanentes y relevantes en las relaciones bilaterales entre el Estado peruano con el Estado extranjero que sea llevado ante la jurisdicción estatal.

4.2. Discusión de resultados

El acceso a un recurso efectivo, también conocido bajo denominaciones como “acceso a la justicia”, “derecho a un tribunal” o “derecho a un remedio”, es el derecho de cualquier persona, natural o jurídica, independientemente de su nacionalidad y con capacidad de acción (o a través de un representante), de acceder al sistema de jurisdicción que establece el ordenamiento jurídico al que pertenece, esto como garantía para obtener la cesación, la restitución o la reparación ante la vulneración de un derecho del que es titular.

De esta forma, los empleados de misiones diplomáticas contratados por un Estado extranjero no son la excepción de titularidad de este derecho. La Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, ha establecido en el artículo 11 la competencia de los tribunales del Estado del foro para la determinación de los derechos laborales y conflictos que surjan producto de un contrato de



trabajo entre un nacional del Estado del foro y un Estado extranjero, en tanto los servicios prestados sean realizados total o parcialmente en el Estado del foro y que el empleado sea un nacional o residente permanente del mismo.

No obstante, el apartado c) del segundo párrafo del artículo 11 de esta Convención establece la inmunidad jurisdiccional estatal a favor del Estado extranjero, cuando un proceso tenga por pretensión la reposición laboral del empleado. En este sentido, la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero se presenta como una restricción al derecho de acceso a un recurso efectivo del empleado despedido en tanto que este no podrá acudir a los tribunales de su país que busca su reposición, dado que la inmunidad estatal tiene el efecto de tomar la competencia de los tribunales nacionales del Estado del foro y trasladarla a los tribunales nacionales del Estado extranjero.

Como todo derecho, el acceso a un recurso afectivo no es un derecho absoluto, sino que es posible de imponérsele determinadas restricciones, siempre que estas sean legítimas y proporcionales. En el caso de la inmunidad jurisdiccional, la legitimidad está dada por el grado de aceptación general de la inmunidad como restricción al acceso a un recurso efectivo como parte de la doctrina de Inmunidad del Estado. La proporcionalidad sin embargo no ha sido discutida en tribunales internacionales en tanto ha sido aplicada como norma procesal de carácter preliminar, evitando así su confrontación con normas sustantivas discutidas en el análisis de fondo del caso como es el derecho de acceso a un recurso efectivo. No obstante, análogamente se encuentra la evaluación de



proporcionalidad realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el contexto de la inmunidad jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales, según la cual la restricción de la inmunidad será proporcional siempre y cuando se verifique la existencia de un recurso alternativo al recurso judicial que fue negado, lo que se conoce como el test del recurso alternativo razonable que fue establecido en el caso “*Waite and Kennedy v. Germany*”.

Aplicando el test del recurso alternativo razonable, la inmunidad jurisdiccional estatal resulta ser una restricción absoluta al derecho de acceso a un recurso efectivo para el empleado despedido, en tanto que el establecimiento de la jurisdicción en los tribunales del Estado extranjero supone un acceso únicamente formal mas no real. Primero porque en el establecimiento de la jurisdicción en el extranjero no se verifica accesibilidad, por la presencia de obstáculos tales los costos que significarían para el empleado litigar en un país extranjero, obstáculos geográficos por la distancia existente entre la residencia del empleado despedido y el tribunal extranjero, obstáculos culturales, lingüísticos, entre muchos otros que reducen al mínimo la posibilidad de incoar un proceso. En segundo lugar, se verifica la falta de disponibilidad de un tribunal, en tanto que la norma de la inmunidad no obliga al Estado extranjero a establecer un determinado tribunal para la verificación de los derechos laborales de un nacional del Estado del foro por servicios brindados en tal Estado, y aun cuando este problema pueda ser superado mediante la aplicación de normas de derecho internacional privado, es muy probable que tribunales extranjeros no estén dispuestos a hacer suyo el proceso en cuestión, en tanto se estaría imponiendo una carga a



un tribunal que no tiene relación con el litigio y tampoco existe un interés local (en el Estado extranjero) en la resolución de tal controversia.

Tercero, aun cuando se superen las cuestiones de accesibilidad y disponibilidad de un tribunal en el Estado extranjero, está la cuestión de la adecuación y conveniencia de los mismos, en tanto que un proceso laboral está determinado por el derecho laboral del Estado del foro, que es un derecho especial, particular a cada Estado, que es desconocido y ajeno al tribunal extranjero, lo que significa que el tribunal del Estado extranjero será un foro *non conveniens* para la determinación de los derechos sustantivos del empleado despedido. Además de la cuestión del derecho aplicable, en la sustanciación del proceso en los tribunales del Estado extranjero se verificarían cuestiones como la dificultad del acceso a pruebas, la disponibilidad de testigos, entre otras limitaciones que demuestran la ausencia de garantías de debido proceso y consecuentemente ausencia de un tribunal que supere un test de protección comparable a la que el empleado pueda recibir en los tribunales de su propio Estado.

En este sentido, una restricción que supone el reconocimiento de la inmunidad al Estado extranjero constituye directamente vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo, vulneración que además resulta ser sistemática, toda vez que las misiones diplomáticas extranjeras acreditadas en el Estado del foro contratan cada vez con mayor frecuencia a personal local, lo que supondrá consecuentemente un aumento en los conflictos laborales producto de tales relaciones de trabajo, la mayor parte de los cuales, tal como se evidencio



en la investigación, son relativos a despidos ilegales y reposición laboral. Es importante resaltar que en la investigación realizada no se ha verificado ningún caso en el cual un empleado del Estado del foro haya demandado ante un tribunal extranjero.

De esta forma, se configura la obligación del Estado de cumplir con otorgar, desarrollar y garantizar el derecho de acceso a un recurso efectivo, obligación que surge tanto de los tratados de derechos humanos de los que el Estado se ha hecho parte, como de la costumbre internacional, el derecho interno mediante leyes o la constitución que reconocen el derecho a la tutela jurisdiccional. Pero también se ha de considerar que el derecho de acceso a un recurso efectivo es un principio general de derecho conforme lo establecido en el literal c) del primer párrafo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y, en consecuencia, nos encontramos frente a un valor intrínseco y presente en todo orden jurídico, especialmente cuando se trata de un Estado democrático y de derecho que son los valores que la comunidad internacional pretende proteger.

Específicamente, frente a la restricción que supone la inmunidad jurisdiccional de un Estado extranjero, surge la obligación de garantizar el derecho de acceso a un recurso efectivo por parte del Estado del foro, tanto en un aspecto positivo, consistente en hacer respetar y lograr que el empleado acceda a sus tribunales nacionales por medio de los mecanismos que el Estado del foro elija y considere convenientes; como el aspecto negativo de la obligación consistente en no obstaculizar el ejercicio del derecho de acceso



a un recurso efectivo para el empleado, lo que supone necesariamente no otorgar inmunidad jurisdiccional al Estado extranjero empleador que se pretende demandar.

Esta obligación de garantizar permea todas las instituciones del Estado del foro en las cuales se exprese el ejercicio de poder estatal. No obstante, es preponderante el papel del juez nacional a la hora de lograr los derechos del empleado despedido, en tanto que el juez nacional i) tienen jurisdicción exclusiva para ocuparse del caso laboral de reposición bajo las normas internas de competencia, lo que también supone ii) la cuestión de la aplicación del derecho sustantivo y otros factores que establecen mayores garantías de debido proceso. iii) El juez nacional cuenta también con la última decisión sobre si aplica o no su jurisdicción y deniega la inmunidad jurisdiccional dependiendo de la interpretación de derecho internacional que él realice, esto en tanto que iv) a diferencia de un tribunal internacional, el tribunal nacional no tiene a la norma de la inmunidad jurisdiccional como norma de aplicación prioritaria, además de v) gozar de mayor discreción a la hora de valorar reglas y principios de derecho, tener un papel más activo y creativo del derecho, lo que consecuentemente vi) supone que el juez nacional acuda con mayor facilidad a consideraciones de protección de derechos individuales, protección de los derechos humanos, tutela jurisdiccional efectiva y otros perfeccionamientos de la administración de justicia, a diferencia de otros poderes del Estado - principalmente al poder ejecutivo – profundamente influenciados por consideraciones de corte político.



Para este fin, el juez nacional debe contar con un argumento legal razonable, por medio del cual interprete sistemáticamente la obligación del Estado del foro de garantizar el acceso a un recurso efectivo a sus ciudadanos conjuntamente con la obligación de otorgar inmunidad al Estado extranjero, de tal forma que su decisión no suponga meramente un hecho en ordenamiento jurídico internacional, sino un desarrollo progresivo de la norma de la inmunidad. Para ello es necesario que el juez nacional acoja una posición flexible consistente en i) evitar una posición rígida y formalista de la norma de la inmunidad, ii) sea abierto y receptivo con los nuevos desarrollos del derecho internacional y iii) considere y evalúe los casos en sus particularidades y evite así una aplicación mecánica del derecho.

Siguiendo estos lineamientos, el juez nacional podrá negar la inmunidad cuanto esta sea plantada mediante excepción de incompetencia por el Estado extranjero o de oficio cuando el Estado extranjero no comparezca al proceso. Tal decisión tiene como motivación prevenir la vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo, cumplir fielmente con la obligación del Estado del foro de garantizar el acceso a un recurso a todas las personas bajo su jurisdicción y otorgar tutela jurisdiccional efectiva a sus ciudadanos conforme sus normas internas.

Además, se debe considerar que, bajo el derecho internacional público, el juez nacional tiene plena competencia para ocuparse de los procesos laborales contra Estados extranjeros, y eso incluye también a los procesos laborales que busquen la reposición del empleado, en tanto que la costumbre internacional reflejada tanto en los instrumentos nacionales e



internacionales sobre inmunidad estatal, no excluye a la pretensión de reposición de la excepción a la inmunidad por contratos de trabajo, salvo la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

A diferencia de lo establecido por la Comisión de Derecho Internacional y su consecuente resultado en el apartado c) del segundo párrafo del artículo 11 de la Convención sobre inmunidades, el acto de despido y la reposición no supone inherentemente actos *iure imperii*, sino más bien actos *iure gestionis* principalmente porque i) se trata de una contratación de derecho privado que ha sido equiparada a una contratación comercial, como se parecía en algunas legislaciones como la de los Estados Unidos y Canadá, ii) la ley interna determina que es una contratación realizada bajo la norma del derecho laboral privado, iii) además de que en última instancia todos los actos de un Estado suponen el ejercicio de prerrogativas de poder público lo que no es determinante para la categorización del acto de despido y reposición como un acto *iure imperii*, iv) razón por la cual al aplicar el test naturaleza, el despido como la reposición resultan ser actos *iure gestionis*, lo que a su vez determina v) que la relación jurídica resultante sea de tipo privado.

Refuerza el argumento que defiende la competencia del tribunal nacional del Estado del foro, las normas de derecho internacional privado mediante la teoría del paralelismo, aplicada en casos de conflicto de leyes, que sostiene que es competente el juez del país del derecho material que será aplicable, así como otras bases de jurisdicción como son la



nacionalidad del empleado despedido, el lugar donde se han prestado los servicios, la sede que ha contratado al empleado, entre otros.

Respecto al apartado c) del segundo párrafo del artículo 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes, se debe tener presente que su contenido no se encuentra vigente hasta la fecha, y tiene visos de nunca estarlo. De tal forma que el contenido de la Convención no es vinculante para el Perú. También se debe considerar que no todo el contenido de la Convención es el reflejo del estado actual del derecho internacional, ya que existen áreas que cuentan con una aceptación general como es la excepción por transacciones comerciales y áreas cuestionadas y no aceptada como es la inmunidad para casos de reposición laboral, hecho que se refleja en el bajo número de Estados que se han hecho parte de la Convención. Esta falta de apoyo y aceptación de la Convención es producto de las dificultades que tuvo la Comisión de Derecho Internacional al momento de redactarla, principalmente consistentes en la escases de material de estudio y las consecuencias negativas del enfoque ecléctico y el pragmatismo aplicados en la redacción de la Convención sobre inmunidades, lo que supuso el establecimiento de disposiciones que no se condicen con las políticas de protección de derechos individuales que ahora la comunidad internacional proclama, así como la no observancia del contenido de otros instrumentos sobre inmunidad estatal como la Convención Europea sobre inmunidad de los Estados o leyes nacionales como la State Immunity Act del Reino Unido, que establecen la excepción a la inmunidad estatal para casos laborales sin excluir de su ámbito de aplicación a la pretensión de reposición laboral.



De esta forma, el contenido del apartado c) del segundo párrafo del artículo 11 resulta ser un anacronismo al estado actual del derecho internacional.

Sostiene esta posición la existencia de una extensa y repetitiva practica judicial de los Estados en los cuales los tribunales nacionales han ejercido su jurisdicción frente a pretensiones de reposición laboral contra Estados extranjeros como por ejemplo en los casos “MK versus Republic of Turkey”, “Castanheira c. Office commercial du Portugal”, “Emilio B.M. contra la Embajada de Guinea Ecuatorial”, “Diana Abbott contra la Republica de Sudáfrica”, “Samuel Gómez contra la Embajada Británica en Argentina”, “Inkeri Kivi-Koskinen v. Kingdom of Belgium” o “Tania contra Embajada de Grecia”, entre otros casos.

Por lo tanto, en el estado actual del derecho internacional, la aplicación de jurisdicción del juez nacional en casos de reposición laboral no constituye una infracción a la obligación del Estado de otorgar inmunidad jurisdiccional al Estado extranjero, principalmente porque la relación entre la norma de la inmunidad y el derecho de acceso a un recurso efectivo sigue un curso dinámico caracterizado la naturaleza de la norma de la inmunidad de restringirse progresivamente, conforme se ha visto desde su aparición en el siglo XIX hasta el establecimiento de nuevas excepciones en la actualidad como son la excepción por violaciones graves de normas de *ius cogens* aplicada por los tribunales italianos y griegos, la excepción por actos de terrorismo aplicada por los gobiernos de los Estados Unidos y



Canadá, la excepción por privación de la propiedad, entre otras., las cuales no están consideradas en la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades.

También se advierte que el principal fundamento de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, la soberanía estatal, ha evolucionado de una concepción como privilegio del Estado y garantía de no intervención -que es la concepción de soberanía de Westfalia del siglo XVII-, a ser concebida como el atributo que el Estado posee para cumplir con su función de protección a sus ciudadanos, conforme lo establece la doctrina de la Responsabilidad de protección proclamada por la comunidad internacional.

Es bajo esta interpretación armoniosa y sistemática de las normas confluente del derecho internacional, que el juez laboral peruano puede aplicar su jurisdicción en un proceso laboral que pretenda la reposición del empleado contra un Estado extranjero empleador acreditado en Perú, sin que ello configure el quebrantamiento de la obligación del Estado peruano de respetar la inmunidad jurisdicción del Estado extranjero. Por el contrario, el juez laboral peruano estará siendo parte de una nueva línea jurisprudencial que se viene gestando para la formación una nueva excepción a la inmunidad jurisdiccional del Estado. Así, se debe tener presente que han sido los tribunales nacionales los principales actores en el desarrollo de la norma de la inmunidad jurisdiccional, y sus pronunciamientos continúan siendo el motor del desarrollo progresivo de la misma.



Finalmente, cabe señalar que el establecimiento de la jurisdicción del juez laboral peruano sobre un Estado extranjero demandado en un caso de reposición laboral, no representa una amenaza al mantenimiento de las relaciones bilaterales que se tenga con el Estado extranjero. Prueba de esto son las numerosas denegaciones de inmunidad en casos de reposición laboral como en muchos otros conflictos, donde ninguno de ellos ha supuesto en rompimiento o deterioro permanente de las relaciones bilaterales. Un claro ejemplo es el caso "Dube and Rabasha v. American Embassy/Botusa" donde se negó la inmunidad a la embajada de los Estados Unidos en Botswana en un proceso relativo a contrato de trabajo.

4.3. Conclusiones

1. La forma de superar la vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo en procesos de reposición laboral contra un Estado extranjero por invocación de inmunidad jurisdiccional es posible mediante la figura del juez nacional laboral peruano y todo juez nacional del Estado del foro de que se trate, puesto que a diferencia de otros órganos del Estado, el juez nacional tiene autonomía y determinación sobre su propio proceso, tiene un rol más activo en la aplicación de normas y más consistentemente en el desarrollo y evolución de la norma de inmunidad, y está motivado principalmente por consideraciones de protección de derechos individuales. Así también es importante tener en cuenta que el juez nacional no está sujeto a consideraciones y presiones de corte político internacional.



2. Existe una evidente vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo cuando se otorga inmunidad jurisdiccional a un Estado extranjero empleador, acreditado en Perú, en un proceso de reposición laboral, en tanto la inmunidad jurisdiccional estatal, como restricción del derecho de acceso a un recurso efectivo, resulta ser una restricción absoluta al no superar el test de un recurso alternativo razonable.

3. El juez laboral peruano y todo juez nacional del Estado del foro de que se trate, puede apartarse del contenido del apartado c) del párrafo segundo del artículo 11 del Proyecto de artículos sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, toda vez que él es competente respecto a las reglas internas de competencia y teniendo en cuenta que los límites de la inmunidad jurisdiccional no están bien definidos y consecuentemente tiene la capacidad de decidir el otorgamiento o no y el alcance de la inmunidad jurisdiccional al Estado extranjero empleador que ha sido demandado.

4. El juez laboral peruano y todo juez nacional del Estado del foro de que se trate, cuenta con instrumentos legales tanto de derecho internacional público como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la misma costumbre internacional que establecen la obligación del Estado peruano de otorgar y garantizar acceso a un recurso efectivo, instrumentos de derecho internacional privado que establecen los principios para la definición tanto de la ley aplicable a un contrato de trabajo entre un nacional y un Estado extranjero como para la definición del tribunal competente en tales casos, así como la Constitución y la ley interna que establecen la obligación del Estado



para con sus ciudadanos de otorgar y garantizar acceso a un recurso efectivo y una tutela efectiva de derechos.

5. La actual postura del derecho internacional en el contexto de la inmunidad estatal en procesos laborales con pretensión de reposición contra Estados Extranjeros, constituido por la práctica judicial de los Estados está fragmentada. No obstante, existen numerosos precedentes de cortes nacionales en la cuales se ha procedido a negar la inmunidad jurisdiccional al Estado extranjero y se ha aplicado inmunidad jurisdiccional en procesos laborales con pretensión de reposición del empleado.

6. De la investigación realizada, el argumento legal razonable que el juez laboral peruano puede acoger para la aplicación de su jurisdicción en procesos laborales con pretención de reposición, esta constituido por una interpretación sistemática entre la obligación del Estado de otorgar inmunidad jurisdiccional al Estado extranjero y la obligación de otorgar y garantizar el acceso a un recurso efectivo a los empleados despedidos por parte de un Estado extranjero por servicios que fueron prestados en Perú como en todo Estado del foro.



4.4. Recomendaciones

1. Para el logro y el cumplimiento de la obligación de garantizar un recurso efectivo a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado peruano, es necesario que el juez nacional evite adoptar una posición rígida y formalista de la norma de la inmunidad jurisdiccional estatal, que ya por si misma resulta anacrónica a las necesidades que el contexto actual plantea, como es la protección de los ciudadanos no solo a nivel de derecho interno, sino también como sujeto de protección bajo el derecho internacional.
2. Para ello, es menester que el juez nacional peruano sea abierto y receptivo con el nuevo concepto que se gesta sobre la norma de la inmunidad jurisdiccional estatal, como es el cambio del concepto clásico de la soberanía, su principal fundamento, por la noción de una soberanía consistente en la obligación del Estado de proteger y respetar a los individuos bajo su jurisdicción, y también de los demás fundamentos de la inmunidad estatal como la dignidad del Estado, la independencia, entre otras. El juez nacional peruano debe al mismo tiempo ser receptivo y aplicar los precedentes de otros tribunales nacionales que han denegado la inmunidad cuando se trata de procesos laborales que buscan la reposición de un empleado despedido ilegalmente.
3. También es importante que el juez nacional peruano evite aplicar la norma de la inmunidad jurisdiccional de forma mecánica, por lo que conviene considerar el otorgamiento o no de la inmunidad jurisdiccional sobre una base de caso por caso, analizando las particularidades



de cada caso planteado, ya que como se ha visto, un despido no solo constituye un acto ilegal en sí mismo, sino que también podría ser corolario de otros actos ilegales tales como discriminación o acoso laboral.

4. También será de importancia que los demás órganos del Estado peruano, y fundamentalmente el poder legislativo, asuman una posición en la misma línea que permita el acceso de los empleados nacionales a los tribunales peruanos para obtener su reposición laboral frente al despido ilegal perpetrado por un Estado extranjero, ello mediante las disposiciones que se consideren necesarias tales como comunicaciones diplomáticas sobre la postura del Perú frente a la norma de la inmunidad jurisdiccional estatal o la adopción de leyes que permitan al juez determinar con mayor libertad su propia jurisdicción en tales casos.



FUENTES DE INFORMACIÓN

Referencias bibliográficas

- ACNUR. (Marzo de 2003). *El Artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDR)*. San José, Costa Rica.
- All, P., & Albornoz, J. (2006). *La inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados extranjeros a la luz de la legislación y la jurisprudencia argentina. Publicado en DeCITA (Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades), n° 4 (Litigio judicial internacional)*, 115-146
- Atteritano, A. (2009). *Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence Over The Past Ten Years*.
- Bakircioglu, O. (2012). *Germany v Italy: The Triumph of Sovereign Immunity over Human Rights Law*. *International Human Rights Law Review* 1 (2012) 93–109.
- Bankas, E. K. (2005). *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*. Berlin : Springer .
- Barria García, J. A. (1993). *Comentarios sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes*. *Themis Revista de Derecho* Núm. 26
- Berenson, W. M. (s/f). *Privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales: el acuerdo de sede entre la Organización de Estados Americanos y los Estados Unidos*. Recuperado el 20 de junio de 2018.
- Bianchi, A. (2008). *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*. *The European Journal of International Law Vol. 19 no. 3* , 491–508.



- Bornkamm, P. C. (2012). *State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State*. German Law Journal Vol. 13 No. 06.
- Bothe, M., & Vinues, R. E. (1979). *Derecho internacional y derecho interno*. Buenos Aires: Herausgeber.
- Carrera Hernández, J. (2007). *La inmunidad de ejecución de los estados en la práctica jurisprudencial española*. Anuario de derecho internacional. XXIII, 63-99.
- Center for Global Legal Challenges Yale Law School Yale University. (19 de December de 2015). *State Practice on Sovereign Immunity in Employment Disputes Involving Embassy and Consular Staff A Report of the Center for Global Legal Challenges*.
- Comisión De Derecho Internacional. (2006). *FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DIFICULTADES DERIVADAS DE LA DIVERSIFICACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Informe del Grupo de Estudio de la Comision de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi*.
- Comité contra la Tortura. (25 de junio de 2012). *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención Observaciones finales del Comité contra la Tortura Canadá*. Obtenido de United Nations Human Rights Office of The High Commissioner
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. *Dictamen del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a tenor del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (55º período de sesiones)*. Resolución E/C.12/55/D/2/2014 de 13 de octubre de 2015.
- Corredor Vásquez, M. M. (2013). *Inmunidad soberana de los Estados: un modelo a la medida de Colombia*. Repositorio Institucional - Pontificia Universidad Javeriana.
- Dávila Pérez, M. E. (2015). El derecho a un recurso efectivo. Una aproximación teórico-conceptual. *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 225-250.
- De la Colina, M. (8 de junio de 2008). *El acceso a la justicia y las garantías judiciales en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.
- Douglas, Z. (2012). State Immunity for The Acts of State Officials. *British Yearbook of International Law, Volume 82, Issue 1*, 281–348.



- Fernández de Casadevante Romani, C. (2013). El derecho al acceso a la justicia y a una respuesta efectiva en el marco del sistema regional europeo de protección de los derechos humanos. *Eguzkilore Número 27. San Sebastián*, 7-24.
- Fernández Madrid, H. (Abril de 1996). *Comentario de Fallos. Juicios contra estados extranjeros. Teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción. Caso: manauta, Juan J. y otros c/ Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios, Causa M817. XXV, C.S.J.N. 22 de diciembre de 1994*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo Año 1 Número 1.
- Fernández-Lomana García, M. (2008). La doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones de Derecho Internacional en el proceso laboral . *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, ISSN 1137-5868, N° 73*, 99-126.
- Finke, J. (2011). *Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?* The European Journal of International Law Vol. 21 no. 4
- Fisler Damrosch, L. (2011). *Changing the International Law of Sovereign Immunity Through National Decisions*. Recuperado el 8 de mayo de 2018, de Vanderbilt Journal of Transnational Law Vol. 44.
- Francioni, F. (2009). Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law. *The European Journal of International Law Vol. 20 no. 3*, 729–747.
- Francioni, F. (2012). *From Utopia to Disenchantment: The Ill Fate of 'Moderate Monism' in the ICJ judgment on The Jurisdictional Immunities of the State*. The European Journal of International Law Vol. 23 no. 4:
- Freedman, R. (2014). *UN Immunity or Impunity? A Human Rights Based Challenge*. The European Journal of International Law Vol. 25 no. 1.
- Garnett, R. (1999). *Should Foreign State Immunity be Abolished?* . Australian Year Book of International Law.
- Gerards, J. H. (2017). Access to justice in the European Convention on Human Rights system . *Netherlands Quarterly of Human Rights Vol. 35*, 11-30.
- González Herrera, D. (2016). Breves reflexiones en torno a las inmunidades de las organizaciones internacionales. *Cuadernos de la escuela diplomática número 55 - La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, 235-256.
- Grover, S. C. (2010). *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*. Berlin: Springer Verlag .



- Gutiérrez Espada, C. (2011). *La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)*. Cuadernos de Derecho Transnacional Vol. 3, No 2 (2011).
- Gutiérrez Espada, C. (2016). Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre. *Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2016)*, Vol. 8, N° 2, 5-33.
- Hamilton, R. J. (2006). THE RESPONSIBILITY TO PROTECT: FROM DOCUMENT TO DOCTRINE—BUT WHAT OF IMPLEMENTATION? *Harvard Human Rights Journal / Vol. 19* , 289 - 297.
- Herz, M. (2005). La nueva Convención de Naciones Unidas sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI) Número 10 diciembre 2005*.
- Higgins, R. (1985). *The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience*. Recuperado el 17 de mayo de 2018, de American Journal of International Law, 79
- Institut de Droit International. (1991). *Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement*. Basel.
- Institut de Droit International. (2009). *Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes - Napoli Session*.
- International Law Association. (8 de June de 2006). *Diplomatic Protection of Persons and Property Resolution No. 5/2006 The 72nd Conference*.
- Kartusch, A. (2011). *Domestic Workers in Diplomats' Households Rights Violations and Access to Justice in the Context of Diplomatic Immunity* . Berlin: The German Institute for Human Rights.
- Knuchel, S. (2011). *State Immunity And The Promise Of Jus Cogens*. Northwestern Journal of International Human Rights Volume 9 Issue 2.
- Koskenniemi, M. (2006). *From Apology to Utopia The Structure of International Legal Argument*. New York: Cambridge University Press.
- Lak, P. (2014). *The International Law of State Immunity: An Exception for Torture?* TSpace Repository University of Toronto



- Langford, M., & Thiele, B. (2005). Introduction: The Road to a Remedy . En A. H. Centre, *The Road To A Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights* (págs. 1-16). Sydney: UNSW Press.
- Lauterpacht, E. (1999). *INTERNATIONAL LAW REPORTS Volume 114*. Cambridge : Cambridge University Press.
- López Martín, A. G. (2016). Aplicación judicial de las inmunidades internacionales en España. Análisis de la práctica reciente. *Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela Vol 25, No 1*, 21-52.
- Luck, E. C. (2009). Sovereignty, Choice, and the Responsibility to Protect. *Global Responsibility to Protect 1* , 10-21.
- Marabotto Lugaro, J. A. (2003). Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia . *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 291-301.
- McGregor, L. (2008). Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty. *The European Journal of International Law Vol. 18 no.5*, 903-919. *The European Journal of International Law Vol. 18 no.5*.
- McMenamin, M. (2013). *STATE IMMUNITY BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE (GERMANY V ITALY)*. Victoria University of Wellington Publications volume-44, issue 1.
- Méndez, J. E. (2000). El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos. En I. I. Banco Interamericano de Desarrollo, *Acceso a la justicia y equidad estudio en siete países de América Latina*. San José: Editorama, S.A.
- Mëngjesi, S. (March de 2015). The Right of Access to Court. *Academic Journal of Business, Administration, Law and Social Sciences Vol 1 No 1*, 7-16.
- Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. (2016). La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestión y contenido. *Cuadernos de la Escuela Diplomática Número 55*.
- Mirabbassi, S. B. (junio de 2014). *HUMAN RIGHT IN CONFRONTATION WITH STATE IMMUNITY*. Recuperado el 22 de mayo de 2018, de European Journal of Business and Social Sciences, Vol. 3.
- Monzón Rojas, I. R. (julio de 2014). *LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN LABORAL EN GUATEMALA*. Recuperado el 01 de mayo de 2018, de biblio3.url.edu.gt/Tesario/2014/07/14/Monzon-Irma.pdf



- Negro, D. (2012). *La inmunidad jurisdiccional de los Estados: El caso Alemania contra Italia – Corte Internacional de Justicia (2012)*. Agenda Internacional Año XIX, N° 30, 2012, pp. 243-262.
- O'Keefe, R., & Tams, C. J. (2013). *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- Oliva Izquierdo, A. (2016). La inmunidad de jurisdicción y ejecución en el Derecho laboral español: su relación con el artículo 7 de la Convención de Viena de 1961. *cuadernos de la escuela diplomática número 55 - La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, 195-204.
- Orakhelashvili, A. (2008). *State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong*. The European Journal of International Law Vol. 18 no. 5.
- Pavoni, R. (2012). AN AMERICAN ANOMALY? ON THE ICJ'S SELECTIVE READING OF UNITED STATES PRACTICE IN JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE. *Italian Yearbook of International Law, Volume XXI*, 143-159.
- Quintana Aranguren, J. J., & Guzmán Carrasco, G. (2006). De espaldas al derecho internacional: Colombia y la inmunidad de jurisdicción de los Estados. *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 8*, 53-102.
- Quispe Remón, F. (2010). Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso. *Revista de Derecho Universidad del Norte No 34*, 42-78.
- Rainey, B., Wicks, E., & Ovey, C. (2014). *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights Sixth Edition*. Oxford: Oxford University Press.
- Reyes Moncayo, M. A. (2017). *La inmunidad jurisdiccional de los Estados: diferencias normativas y prácticas entre México y Estados Unidos*. Revista Mexicana de Política Exterior, núm. 109.
- Richter, M. P. (2011). La inexistencia de inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral. *Revista Real Card Nro 6*, 33-48.
- Sáenz de Santa María, P. A. (2016). Las inmunidades de las organizaciones internacionales: perspectiva general y española. *Cuadernos de la escuela diplomática número 55 - La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, 205-232.



- Sagüés, M. S. (s/f). El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Proyección en la jurisdicción constitucional. *Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM*, 593-639.
- Scheinin, M. (2005). Justiciability and the Indivisibility of Human Rights. En A. H. Centre, *The Road To A Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sydney: UNSW Press.
- Sefriani. (November de 2015). Legal Protection on Local Employee Rights Related with Foreign Mission Immunity in Indonesia. *International Journal of Social Science and Humanity*, Vol. 5, No. 11, 976-979.
- Shaw QC, M. N. (2008). *INTERNATIONAL LAW Sixth edition*. New York: Cambridge University Press.
- Simpson, G. (2004). *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Suárez Tique, H. A. (2014). Responsabilidad del estado legislador: criterio de responsabilidad administrativa por el daño antijurídico derivado de la actuación u omisión del congreso de la república en Colombia. Bogotá, Colombia: Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas .
- Tovar Gil, M. d. (1984). Inmunidad jurisdiccional de los organismos internacionales. *Revista Derecho PUCP Núm. 38*, 253-289.
- Vilalta, A. E. (2015). Contratación transnacional y acceso a la justicia: mecanismos de resolución electrónica de disputas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario N° 732*, 2065-2147.
- Webb, P. (2016). The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma? . *The European Journal of International Law Vol. 27 no. 3* , 745-767.
- Whytock, C. (2014 de enero de 2014). *FOREIGN STATE IMMUNITY AND THE RIGHT TO COURT ACCESS*. Recuperado el 1 de mayo de 2018, de University of California, Irvine School of Law. Legal Studies Research Paper Series No. 2014-10.

**Referencias electrónicas**

- Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos - Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de agosto de 2008). Recuperado el 26 de setiembre de 2018, de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM01.pdf>
- Dellapenna, J. (January de 1992). *Foreign State Immunity in Europe*. Recuperado el 17 de mayo de 2018, de https://www.researchgate.net/publication/263889945_Foreign_State_Immunity_in_Europe?enrichId=rgreq-1e3b58109223651ac0ad0b14c444b881-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzI2Mzg4OTk0NTtBUzoxMTg5NDEzMDEwODgyNTdAMTQwNTM2OTIyNDU5OQ%3D%3D&el=1_x_2&_esc=publicationCove
- Government of Canada. (13 de March de 2012). *Justice for Victims of Terrorism Act*. Obtenido de Justice Laws Website: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/J-2.5/FullText.html>
- JUSPEDIA. (s/f). *Juspedia Diccionario Jurídico*. Recuperado el 21 de setiembre de 2017, de Iure gestionis: <http://juspedia.es/uned/administrativo-3/54-glosario/1870-iure-gestionis>
- Kelleh, F. (2012). *THE CHANGING PARADIGM OF STATE SOVEREIGNTY IN THE INTERNATIONAL SYSTEM*. Recuperado el 31 de julio de 2018, de <https://mospace.umsystem.edu/xmlui/bitstream/handle/10355/14672/KellehChPaSta.pdf;sequence=1>
- Lintner, A. (24 de September de 2015). *The State of State Immunity in Employment Disputes: Benkharbouche and Beyond*. Obtenido de Ely Place Chambers: <https://elyplace.com/docs/news/state-immunity-in-employment-disputes240915.pdf>
- Mathieu, E. (2010). *INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS Pantallazo de su evolución*. Recuperado el 23 de enero de 2018, de <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/download/39/29>
- Pellet, A. (Febrero de 2000). *Alain pellet*. Recuperado el 25 de Abril de 2018, de <http://alainpellet.eu/bibliography/articles/?lang=en>



- Rodrigues, G. B. (2016). *STATE IMMUNITY AND HUMAN RIGHTS BEFORE NATIONAL AND INTERNATIONAL COURTS*. Obtenido de <http://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-29072016-050908/en.php>
- Rojas Martínez, M. (2016). *Inmunidad de jurisdicción y ejecución en el proceso laboral chileno, con especial mención en la tutela ejecutiva laboral*. Recuperado el 2018 de mayo de 01, de REPOSITORIO ACADEMICO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144204>
- S.2040 - *Justice Against Sponsors of Terrorism Act*. (16 de september de 2015). Recuperado el 2018 de 07 de 02, de CONGRESS.GOV: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/2040/text>
- Sarria García, J. A. (s/f). *COMENTARIOS SOBRE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS Y SUS BIENES*. Recuperado el 21 de setiembre de 2017, de THĒMIS-Revista de Derecho: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/11093/11605>
- Secretaría de Relaciones Exteriores -Dirección General de Protocolo Mexico. (19 de junio de 2006). *Circular PRO07130*. Recuperado el 2018 de octubre de 2018, de <https://sre.gob.mx/images/stories/docnormateca/dgp/circulares/pro07130.pdf>
- The Responsibility To Protect* . (December de 2001). Recuperado el 31 de julio de 2018, de Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>
- Tomuschat, C. (2012). *The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions*. Recuperado el 7 de mayo de 2018, de <https://wp0.vanderbilt.edu/wp-content/uploads/sites/78/Tomuschat-cr.pdf>
- Treaty Section Office of Legal Affairs United Nations. (s.f.). *United Nations Treaty Collection* . Obtenido de United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of states and Their Property: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en
- U.S. Department of State. (s.f.). *Foreign Sovereign Immunities Act*. Recuperado el 5 de junio de 2018, de Travel.State.Gov U.S. DEPARTMENT OF STATE — BUREAU OF CONSULAR AFFAIRS: <https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/internl-judicial-asst/Service-of-Process/Foreign-Sovereign-Immunities-Act.html>



Ventura Robles, M. E. (2012). <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf> . *La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad*. Recuperado el 29 de agosto de 2018, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>

Referencias Jurisprudenciales

Sentencias y Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Cantos vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002.

Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia 15 de setiembre de 2005.

Caso de la “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”. Sentencia 31 de enero de 2006.

Caso “Genie Lacayo Vs. Nicaragua” Resolución de la Corte de Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 13 de setiembre de 1997.

Caso “Goiburú y otros Vs. Paraguay” Sentencia 22 de setiembre de 2006.

Caso “López Álvarez Vs. Honduras”. Sentencia 1 de febrero de 2006.

Caso “Liakat Ali Alibux vs. Suriname”. Sentencia del 30 de enero de 2014.

Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987 “El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 convención americana sobre derechos humanos)” solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 “Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)” solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay.

Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990 “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre



Derechos Humanos” solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Opinión Consultiva OC-18/03 solicitada por Los Estados Unidos Mexicanos sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados del 17 de septiembre de 2003.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso “Al-Adsani v. the United Kingdom”, Demanda Nro. 35763/97 Sentencia 21 de noviembre de 2001.

Caso “Kamasinski v. Austria”, Demanda Nro. 9783/82, Sentencia 19 de diciembre de 1989).

Caso “Leander v. Sweden”, Demanda Nro. 9248/81, Sentencia 26 de marzo de 1987.

Caso “Waite and Kennedy v. Germany”, Demanda Nro. 26083/94, Sentencia 18 de Febrero de 1999.

Caso “Golder v. The United Kingdom”, Demanda Nro. 4451/70, Sentencia 21 de Febrero de 1975

Caso “Isayeva v. Russia”, Demanda Nro. 57950/00, Sentencia 24 de Febrero de 2005.

Caso “Klass and Other v. Alemania”. Sentencia 6 de Setiembre de 1978.

Caso “Kudla v. Poland”, Demanda Nro. 30210/96, Sentencia 26 de octubre de 2000.

Caso “Mentes and Others v. Turkey”, Demanda Nro. 23186/94, Sentencia 28 de noviembre de 1997.

Caso “Keenan v. the United Kingdom”, Demanda Nro. 27229/95, Sentencia 3 de abril de 2001.

Caso “Ahmed Mahamdia v. People’s Democratic Republic of Algeria” Sentencia C-154/11 del 19 de Julio de 2012.



Caso “A. (individual) v. Israel (State)” Sentencia 13 de noviembre de 2002. En Database The Immunities of States and International Organisations. Recuperado el 18 de julio de 2018, de <http://cahdidatabases.coe.int/Contribution/Details/222>

Caso “Polish citizen v. Embassy of Foreign State” Sentencia 11 de enero de 2000. En Council of Europe Database The Immunities of States and International Organisations. Recuperado el 18 de julio de 2018, de: <http://cahdidatabases.coe.int/Contribution/Details/207>

Sentencias de la Corte Internacional de Justicia

Caso “Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)” con las opiniones separadas de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal. Sentencia 14 de febrero de 2002.

Caso “Elettronica Sicula S.P.A. (Elsi) (United States of America v. Italy)”, Sentencia 20 de Julio de 1989.

Caso “Jurisdictional Immunities of The State (Germany v. Italy: Greece Intervening)” Sentencia 3 de Febrero de 2012.

Opinión disidente del juez Yusuf en la sentencia “Jurisdictional Immunities of The State (Germany v. Italy: Greece Intervening)” del 3 de Febrero de 2012.

Opinión separada del juez Koroma en la sentencia “Jurisdictional Immunities of The State (Germany v. Italy: Greece Intervening)” del 3 de Febrero de 2012.

Sentencias de cortes nacionales

Décimo Quinto Juzgado Especializado de Trabajo de Lima. Caso “Edgar Cristian Tello Rivera contra la Agencia de Cooperación de Corea en el Perú” Expediente 20204-2014-0-1801-JR-LA-72. Sentencia del 22 de octubre de 2015.



- Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima - Corte Superior de Justicia de Lima. Caso “Edgar Cristian Tello Rivera contra la Agencia de Cooperación de Corea en el Perú” Expediente 20204-2014-0-1801-JR-LA-15. Sentencia del 02 de octubre de 2017.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia - Sala de Casación Laboral. Caso “Israel Ballesteros Camacho y otros contra la Embajada de la República Islámica de Irán en Colombia”. Sentencia 25679.
- Tribunal Constitucional de España - Segunda Sala. Sentencia n° 107/1992.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sala de lo Social. Caso “Tania contra Embajada de Grecia en España” Sentencia n° 739 del Sentencia 16 de setiembre de 2013.
- Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España. Caso “Diana Abbott contra la Republica de Sudáfrica”. Sentencia 107/1992 del 1 de julio de 1992.
- Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España. Caso “Emilio B.M contra la Embajada de Guinea Ecuatorial en Madrid” Sentencia 18/1997 del 10 de febrero de 1997.
- Corte de casación italiana. Caso “Borri contra Argentina” Sentencia 6532 de 27 de mayo de 2005.
- Corte de casación italiana. Caso “Ferrini v. Federal Republic of Germany” Sentencia 5044 de 11 de marzo de 2004.
- Cámara de los Lores del Reino Unido. Caso “Holland v. Lampen-Wolfe” Decisión del 20 de julio de 2000
- Cámara de los Lores del Reino Unido. Caso “*I Congreso del Partido*” Decisión del 27 de junio de 1981.
- Corte Suprema De Justicia de la Nación Argentina. Caso “Juan José Manauta y otros contra Embajada de la Federación Rusa sobre daños y perjuicios” Sentencia 22 de diciembre de 1994.
- Corte Suprema De Justicia de la Nación Argentina. Caso “Samuel Gómez contra la Embajada Británica en Argentina” Sentencia 24 de junio de 1976.
- Corte Suprema De Justicia de la Nación Argentina. Caso “Saravia contra Agencia de Cooperación Internacional del Japón” Sentencia 1 de setiembre de 1998.
- Corte Suprema De Justicia de la Nación Argentina. Caso “Vallarino contra Embajada del Japón” Sentencia 4 de mayo de 2000.



Corte Suprema de Holanda. Caso 15/02186 “Suepo and Others v. The European Patent Organization” sentencia del 20 de enero de 2017.

Corte de Apelaciones de la Haya – Holanda. Caso 200.141.812/01 “Suepo and Others v. The European Patent Organization” Sentencia 26 de febrero de 2015.

Corte Distrital de Amsterdam. Caso “The Kingdom of Morocco v. Stichting Revalidatie Centrum "De Trappenberg” Sentencia del 18 de mayo de 1978.

Corte Distrital de Helsinki - Helsinki . Caso “Inkeri Kivi-Koskinen v. Kingdom of Belgium” Sentencia 31 de marzo de 1999.

Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de Colombia. Expediente IJ-001. Decisión del 25 de agosto de 1998.

Comité de Derechos Humanos. Caso “Luyeye Magana ex-Philibert v. Zaire”. Comunicación No. 90/1981 del 21 de Julio de 1983.

Tribunal Arbitral en el caso No. ARB(AF)/99/2 “Mondev International Ltd. v. United States of America”. Sentencia de 11 de octubre de 2002.

Documentos de los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional y Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes

Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1978, vol. II Segunda parte.

Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes por el Sr. Sompong Sucharitkul Relator Especial. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1979 Volumen II Primera parte.

Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. Anuario De La Comisión De Derecho Internacional 1979 Volumen II Segunda parte.

Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul Relator Especial. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1980 Volumen II Primera parte.



Tercer informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul Relator Especial. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1981 Volumen II Primera parte.

Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. Anuario De La Comisión De Derecho Internacional 1981 Volumen II Segunda parte.

Cuarto informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul Relator Especial. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1982 Volumen II Primera parte.

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1983 Volumen I.

Quinto informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul Relator Especial. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1983 Volumen II Primera parte.

Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. Anuario De La Comisión De Derecho Internacional 1983 Volumen II Segunda parte.

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1984 Volumen I.

Sexto informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul Relator Especial. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1984 Volumen II Primera parte.

Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. Anuario De La Comisión De Derecho Internacional 1984 Volumen II Segunda parte.

Octavo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul Relator Especial. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1986 Volumen II Primera parte.

Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. Anuario De La Comisión De Derecho Internacional 1986 Volumen II Segunda parte.

Observaciones y comentarios recibidos de los gobiernos y primer informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Motoo Ogiso Relator Especial. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1988 Volumen II Primera parte.



- Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Motoo Ogiso Relator Especial. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1989 Volumen II Primera parte.
- Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. Anuario De La Comisión De Derecho Internacional 1989 Volumen II Segunda parte.
- Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1990 Volumen I.
- Tercer informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Motoo Ogiso Relator Especial. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1990 Volumen II Primera parte.
- Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. Anuario De La Comisión De Derecho Internacional 1990 Volumen II Segunda parte.
- Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991 Volumen I.
- Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. Anuario De La Comisión De Derecho Internacional 1991 Volumen II Segunda parte.
- Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1998 Volumen I.
- Informe del grupo de trabajo sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. Anuario De La Comisión De Derecho Internacional 1999 Volumen II Segunda parte.
- Informe del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes 4 a 15 de febrero de 2002 Resolución No. 22 (A/57/22)
- Informe del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes 24 a 28 de febrero de 2003 Resolución No. 22 (A/58/22).
- Informe del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes 1° a 5 de marzo de 2004 Resolución No. 22 (A/59/22).



Resoluciones de la Asamblea General

A/RES/60/1 . 24 de octubre de 2005. Documento Final de la Cumbre Mundial 2005
Resolución aprobada por la Asamblea General.

A/C.6/47/L.10. 3 de noviembre de 1992. Convención sobre las inmunidades
jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes Informe del Grupo de Trabajo
Presidente/Relator: Sr. Carlos Calero-Rodrigues.

A/48/464 . 1 de octubre de 1993. Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los
Estados y de sus bienes Nota verbal de fecha 30 de septiembre de 1993 dirigida al
Secretario General por el Representante Permanente del Japón ante las Naciones
Unidas.

A/C.6/55/L.12. 10 de noviembre de 2000. Convención sobre las inmunidades
jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes Informe del Presidente del Grupo de
Trabajo: Sr. Gerhard Hafner.

A/48/313 . 13 de agosto de 1993. Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de
los Estados y sus bienes. Nota verbal de fecha 12 de agosto de 1993 dirigida al
Secretario General por el representante Permanente de Bélgica ante las Naciones
Unidas.

A/54/266. 19 de agosto de 1999. Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de
los Estados y de sus bienes Informe del Secretario General.

A/52/294 . 20 de agosto de 1997. Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de
los Estados y de sus bienes Informe del Secretario General.

Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes
Consultas officiosas celebradas en cumplimiento de la decisión 48/413 de la
Asamblea General A/C.6/49/L.2 . 4 de octubre de 1994.

A/47/326 . 4 de agosto de 1992. Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los
Estados y de sus bienes Informe del Secretario General.



ANEXO 1

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS INMUNIDADES
JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES

Asamblea General Naciones Unidas A/RES/59/38

16 de diciembre de 2004



Asamblea General

Distr. general
16 de diciembre de 2004

Quincuagésimo noveno período de sesiones
Tema 142 del programa

Resolución aprobada por la Asamblea General el 2 de diciembre de 2004

[sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/59/508)]

59/38. Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes

La Asamblea General,

Teniendo presente el apartado a) del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas,

Recordando su resolución 32/151, de 19 de diciembre de 1977, en la que recomendó que la Comisión de Derecho Internacional emprendiera el estudio del derecho de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes con miras a su desarrollo progresivo y codificación y sus resoluciones ulteriores 46/55, de 9 de diciembre de 1991, 49/61, de 9 de diciembre de 1994, 52/151, de 15 de diciembre de 1997, 54/101, de 9 de diciembre de 1999, 55/150 de 12 de diciembre de 2000, 56/78, de 12 de diciembre de 2001, 57/16, de 19 de noviembre de 2002, y 58/74, de 9 de diciembre de 2003,

Recordando también que la Comisión de Derecho Internacional presentó en el capítulo II de su informe sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones un proyecto definitivo de artículos, con comentarios, sobre el derecho de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes¹,

Recordando además los informes del Grupo de Trabajo de composición abierta de la Sexta Comisión², así como el informe presentado por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes³ de conformidad con la resolución 53/98, de 8 de diciembre de 1998,

Recordando que en su resolución 55/150 decidió establecer un Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, abierto también a la participación de los Estados miembros de los organismos especializados, para que siguiera los trabajos, consolidara los ámbitos de acuerdo y

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/46/10).*

² A/C.6/54/L12 y A/C.6/55/L.12.

³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 10 y correcciones (A/54/10 y Corr.1 y 2), anexo.*



resolviera cuestiones pendientes con miras a elaborar un instrumento generalmente aceptable, basado en los proyectos de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes aprobado por la Comisión de Derecho Internacional y también en las deliberaciones del Grupo de Trabajo de composición abierta de la Sexta Comisión,

Habiendo examinado el informe del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes⁴,

Destacando la importancia de la uniformidad y la claridad en el derecho de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes e insistiendo en la función que cabe a una convención en ese contexto,

Observando el amplio apoyo que existe para concertar una convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes,

Teniendo en cuenta la declaración formulada por el Presidente del Comité Especial al presentar el informe de éste⁵,

1. *Expresa su profundo reconocimiento* a la Comisión de Derecho Internacional y al Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes por la valiosa labor que han realizado respecto del derecho de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes;

2. *Expresa* su acuerdo con la interpretación general a que se llegó en el Comité Especial en el sentido de que la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes no comprende las actuaciones penales;

3. *Aprueba* la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes que figura en el anexo de la presente resolución y pide al Secretario General que, en su calidad de depositario, la abra a la firma;

4. *Invita* a los Estados a hacerse partes en la Convención.

*65ª sesión plenaria
2 de diciembre de 2004*

Anexo

Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes constituyen un principio generalmente aceptado en el derecho internacional consuetudinario,

Teniendo presentes los principios de derecho internacional consagrados en la Carta de las Naciones Unidas,

⁴ *Ibid.*, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/59/22).

⁵ *Ibid.*, cuadragésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 13ª sesión (A/C.6/59/SR.13) y corrección.



Considerando que una convención internacional sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes fortalecería la preeminencia del derecho y la seguridad jurídica, particularmente en las relaciones de los Estados con las personas naturales o jurídicas, y contribuiría a codificar y desarrollar el derecho internacional y a armonizar la práctica en este ámbito,

Teniendo en cuenta la evolución de la práctica de los Estados respecto de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes,

Afirmando que las normas del derecho internacional consuetudinario seguirán rigiendo las cuestiones que no estén reguladas por lo dispuesto en la presente Convención,

Han convenido en lo siguiente:

Parte I

Introducción

Artículo 1

Alcance de la presente Convención

La presente Convención se aplica a la inmunidad de la jurisdicción de un Estado y de sus bienes ante los tribunales de otro Estado.

Artículo 2

Términos empleados

1. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por “tribunal” cualquier órgano de un Estado, sea cual fuere su denominación, con potestad para ejercer funciones judiciales;

b) se entiende por “Estado”:

i) el Estado y sus diversos órganos de gobierno;

ii) los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado, que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana y actúen en tal carácter;

iii) los organismos o instituciones del Estado u otras entidades, en la medida en que estén facultados para realizar y realicen efectivamente actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado;

iv) los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter;

c) se entiende por “transacción mercantil”:

i) todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios;

ii) todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción;

iii) cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo.

2. Para determinar si un contrato o transacción es una “transacción mercantil” según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 relativas a la terminología empleada en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esa terminología o del sentido que se le pueda dar en otros instrumentos internacionales o en el derecho interno de cualquier Estado.

Artículo 3

Privilegios e inmunidades no afectados por la presente Convención

1. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de los privilegios e inmunidades de que goza un Estado según el derecho internacional en relación con el ejercicio de las funciones de:

a) sus misiones diplomáticas, sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales; y

b) las personas adscritas a ellas.

2. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los Jefes de Estado.

3. La presente Convención se aplicará sin perjuicio de la inmunidad de que goce un Estado, en virtud del derecho internacional, respecto de las aeronaves o los objetos espaciales de propiedad de un Estado u operados por un Estado.

Artículo 4

Irretroactividad de la presente Convención

Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes estén sometidas en virtud del derecho internacional independientemente de la presente Convención, ésta no se aplicará a ninguna cuestión relativa a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados o de sus bienes que se suscite en un proceso incoado contra un Estado ante un tribunal de otro Estado antes de la entrada en vigor de la presente Convención respecto de esos Estados.

Parte II

Principios generales

Artículo 5

Inmunidad del Estado

Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención.

Artículo 6**Modos de hacer efectiva la inmunidad del Estado**

1. Un Estado hará efectiva la inmunidad a que se refiere el artículo 5 absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado y, a estos efectos, velará por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado a que se refiere el artículo 5.

2. Un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá incoado contra otro Estado si éste:

- a) es mencionado como parte en el proceso; o
- b) no es mencionado como parte en el proceso, pero este proceso tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado.

Artículo 7**Consentimiento expreso al ejercicio de jurisdicción**

1. Ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión o un asunto si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión o ese asunto:

- a) por acuerdo internacional;
- b) en un contrato escrito; o
- c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado.

2. El acuerdo otorgado por un Estado respecto de la aplicación de la ley de otro Estado no se interpretará como consentimiento en el ejercicio de jurisdicción por los tribunales de ese otro Estado.

Artículo 8**Efecto de la participación en un proceso ante un tribunal**

1. Ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado:

- a) si él mismo ha incoado ese proceso; o
- b) si ha intervenido en ese proceso o ha realizado cualquier otro acto en relación con el fondo. No obstante, el Estado, si prueba ante el tribunal que no pudo haber tenido conocimiento de hechos en que pueda fundarse una demanda de inmunidad hasta después de haber realizado aquel acto, podrá hacer valer la inmunidad basándose en esos hechos, con tal de que lo haga sin dilación.

2. No se entenderá que un Estado ha consentido en que un tribunal de otro Estado ejerza jurisdicción si interviene en un proceso o realiza cualquier otro acto con el solo objeto de:

- a) hacer valer la inmunidad; o
- b) hacer valer un derecho o interés sobre bienes objeto de litigio en el proceso.



3. La comparecencia de un representante de un Estado ante un tribunal de otro Estado en calidad de testigo no se interpretará como consentimiento del primer Estado en el ejercicio de jurisdicción por ese tribunal.

4. La incomparecencia de un Estado en un proceso ante un tribunal de otro Estado no se interpretará como consentimiento del primer Estado en el ejercicio de jurisdicción por ese tribunal.

Artículo 9
Reconvenciones

1. Ningún Estado que incoe un proceso ante un tribunal de otro Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante ese tribunal en lo concerniente a una reconvención basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal.

2. Ningún Estado que intervenga en un proceso ante un tribunal de otro Estado para presentar una demanda podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante ese tribunal en lo concerniente a una reconvención basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda presentada por él.

3. Ningún Estado que formule reconvención en un proceso incoado contra él ante un tribunal de otro Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante ese tribunal en lo concerniente a la demanda principal.

Parte III
Procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer

Artículo 10
Transacciones mercantiles

1. Si un Estado realiza una transacción mercantil con una persona natural o jurídica extranjera, y si en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado los litigios relativos a esa transacción mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, el Estado no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante ese tribunal en ningún proceso basado en dicha transacción mercantil.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica:

- a) en el caso de una transacción mercantil entre Estados; o
- b) si las partes en la transacción mercantil han pactado expresamente otra cosa.

3. Cuando una empresa estatal u otra entidad creada por un Estado que esté dotada de personalidad jurídica propia y tenga capacidad:

- a) para demandar o ser demandada; y
- b) para adquirir bienes, tener su propiedad o posesión y disponer de ellos, incluidos bienes que ese Estado le haya autorizado a explotar o a administrar, intervenga en un proceso relativo a una transacción mercantil en la cual sea parte dicha entidad, la inmunidad de jurisdicción de que goce ese Estado no resultará afectada.

Artículo 11**Contratos de trabajo**

1. 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.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica:

a) si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público;

b) si el empleado es:

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

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

iii) 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

iv) cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática;

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

d) 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;

e) 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

f) 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.

Artículo 12**Lesiones a las personas y daños a los bienes**

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 una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión.

Artículo 13**Propiedad, posesión y uso de bienes**

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 la determinación de:

a) un derecho o interés del Estado respecto de bienes inmuebles situados en el Estado del foro, la posesión o el uso por el Estado de esos bienes inmuebles o una obligación del Estado nacida de su derecho o interés respecto de tales bienes inmuebles o de su posesión o uso de esos bienes;

b) un derecho o interés del Estado respecto de bienes muebles o inmuebles, nacido en virtud de sucesión, donación u ocupación de bien vacante; o

c) un derecho o interés del Estado respecto de la administración de bienes, tales como bienes en fideicomiso, bienes integrantes de la masa de la quiebra o bienes de una sociedad en caso de disolución.

Artículo 14**Propiedad intelectual e industrial**

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:

a) la determinación de cualquier derecho del Estado sobre una patente de invención, dibujo o modelo industrial, nombre comercial o razón social, marca de fábrica o de comercio, derecho de autor o cualquier otra forma de propiedad intelectual o industrial que goce de protección jurídica, aunque sea provisional, en el Estado del foro; o

b) la alegación de una presunta lesión por el Estado, en el territorio del Estado del foro, de un derecho de la índole mencionada en el apartado a) perteneciente a un tercero y protegido en el Estado del foro.

Artículo 15**Participación en sociedades u otras colectividades**

1. Ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a su participación en una sociedad u otra colectividad, con personalidad jurídica propia o sin ella, y concerniente a las relaciones entre el Estado y la sociedad o colectividad o los demás participantes, cuando ésta:

a) comprenda socios que no sean Estados u organizaciones internacionales; y

b) se haya constituido u organizado con arreglo a la ley del Estado del foro o tenga su sede o su establecimiento principal en ese Estado.

2. No obstante, un Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en tal proceso si los Estados interesados así lo han acordado, si las partes en litigio así lo han estipulado por acuerdo escrito o si el instrumento que establezca o por el que se rija la sociedad o colectividad de que se trate contiene disposiciones a tal efecto.

Artículo 16**Buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado**

1. Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado que sea propietario de un buque o que lo explote podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a la explotación de ese buque si, en el momento de producirse el hecho que haya dado lugar a la acción, el buque fuere utilizado para fines que no sean un servicio público no comercial.
2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica a los buques de guerra y buques auxiliares, ni tampoco se aplica a otros buques de propiedad de un Estado o explotados por él y utilizados, por el momento, exclusivamente para un servicio público no comercial.
3. 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 al transporte de un cargamento a bordo de un buque de propiedad de ese Estado o explotado por él si, en el momento de producirse el hecho que haya dado lugar a la acción, el buque fuere utilizado para fines distintos de un servicio público no comercial.
4. Lo dispuesto en el párrafo 3 no se aplica ni a un cargamento transportado a bordo de los buques a que se refiere el párrafo 2, ni a un cargamento de propiedad de un Estado y utilizado o destinado a ser utilizado exclusivamente para un servicio público no comercial.
5. Los Estados podrán alegar la prescripción y todas las demás exoneraciones y limitaciones de responsabilidad a que puedan acogerse los buques y cargamentos de propiedad privada y sus propietarios.
6. Si en un proceso se suscita la cuestión del carácter público y no comercial de un buque de propiedad de un Estado o explotado por él, o de un cargamento de propiedad de un Estado, la presentación al tribunal de un certificado firmado por un representante diplomático a otra autoridad competente de ese Estado hará prueba del carácter del buque o el cargamento.

Artículo 17**Efectos de un convenio arbitral**

Si un Estado concierta por escrito un convenio con una persona natural o jurídica extranjera a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, ese Estado no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a:

- a) la validez, la interpretación o la aplicación del convenio arbitral;
- b) el procedimiento de arbitraje, o;
- c) la confirmación o anulación del laudo;

a menos que el convenio arbitral disponga otra cosa.

Parte IV**Inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso ante un tribunal****Artículo 18****Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas anteriores al fallo**

No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas anteriores al fallo como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes:

a) cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados:

- i) por acuerdo internacional;
- ii) por un acuerdo de arbitraje en un contrato escrito; o
- iii) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes; o

b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso.

Artículo 19**Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas posteriores al fallo**

No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas posteriores al fallo como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes:

a) cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados:

- i) por acuerdo internacional;
- ii) por un acuerdo de arbitraje o en un contrato escrito; o
- iii) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes; o

b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso; o

c) cuando se ha determinado que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso.

Artículo 20**Efecto del consentimiento a la jurisdicción sobre las medidas coercitivas**

Cuando se requiera el consentimiento para la adopción de medidas coercitivas de conformidad con los artículos 18 y 19, el consentimiento para el ejercicio de jurisdicción en virtud del artículo 7 no implicará consentimiento para adoptar medidas coercitivas.

Artículo 21**Clases especiales de bienes**

1. No se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial conforme a lo dispuesto en el apartado *c)* del artículo 19:

a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;

b) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares;

c) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado;

d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta;

e) los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el artículo 18 y los apartados *a)* y *b)* del artículo 19.

Parte V**Disposiciones diversas****Artículo 22****Notificación de la demanda**

1. La notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe un proceso contra un Estado se practicará:

a) de conformidad con cualquier convenio internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado; o

b) de conformidad con cualquier arreglo especial de notificación entre el demandante y el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro; o

c) a falta de tal convenio o arreglo especial:

i) transmitiéndola por vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado interesado; o

ii) por cualquier otro medio aceptado por el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro.

2. La notificación por el medio a que se refiere el inciso i) del apartado *c)* del párrafo 1 se entenderá hecha cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores haya recibido los documentos.

3. A esos documentos se acompañará, de ser necesario, la traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado interesado.

4. El Estado que comparezca en relación con el fondo de un proceso incoado contra él no podrá aducir luego que la notificación de la demanda no se hizo con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 1 y 3.

Artículo 23

Sentencia dictada en ausencia

1. No se dictará sentencia en ausencia contra ningún Estado sin que el tribunal se haya asegurado de que:

a) se han cumplido los requisitos establecidos en los párrafos 1 y 3 del artículo 22;

b) ha transcurrido un plazo de al menos cuatro meses contados desde la fecha en que se haya hecho o se entienda hecha, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 22, la notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe el proceso; y

c) la presente Convención no le prohíbe ejercer jurisdicción.

2. De la sentencia dictada en ausencia contra un Estado se transmitirá a éste copia, a la que se acompañará, de ser necesario, la traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado interesado, por uno de los medios indicados en el párrafo 1 del artículo 22 y de conformidad con lo dispuesto en dicho párrafo.

3. El plazo señalado para recurrir en anulación una sentencia dictada en ausencia no será inferior a cuatro meses y empezará a correr desde la fecha en que el Estado interesado haya recibido o se entienda que ha recibido la copia de la sentencia.

Artículo 24

Privilegios e inmunidades durante la sustanciación del proceso ante un tribunal

1. El hecho de que un Estado incumpla o rehuse cumplir el requerimiento de un tribunal de otro Estado por el que se le inste a realizar o abstenerse de realizar determinado acto o a presentar cualquier documento o revelar cualquier otra información a los efectos del proceso no tendrá más consecuencias que las que resulten de tal comportamiento en relación con el fondo del asunto. En particular, no se condenará a ninguna multa o pena al Estado que haya incumplido o rehusado cumplir tal requerimiento.

2. Ningún Estado estará obligado a prestar caución, fianza o depósito, sea cual fuere su denominación, para garantizar el pago de las costas o gastos judiciales de cualquier proceso en que sea parte demandada ante un tribunal de otro Estado.

Parte VI

Cláusulas finales

Artículo 25

Anexo

El anexo de la presente Convención constituye parte integrante de ella.

Artículo 26**Otros acuerdos internacionales**

Lo dispuesto en la presente Convención se entenderá sin perjuicio de los derechos y deberes enunciados en los acuerdos internacionales vigentes suscritos por Estados Partes, relacionados con cuestiones a que se refiere la presente Convención.

Artículo 27**Arreglo de controversias**

1. Los Estados Partes procurarán resolver mediante negociación las controversias relativas a la interpretación o aplicación de la presente Convención.
2. Las controversias entre dos o más Estados Partes relativas a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no pudieren resolverse mediante negociación dentro de un plazo de seis meses serán sometidas a arbitraje previa solicitud de uno de ellos. Si, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Partes no pudieren ponerse de acuerdo acerca de la organización del arbitraje, cualquiera de ellos podrá llevar la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.
3. Cada Estado Parte podrá declarar, al momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar la presente Convención o adherirse a ella, que no se considera obligado por lo dispuesto en el párrafo 2. Los demás Estados Partes no quedarán obligados en virtud del párrafo 2 con respecto al que haya hecho una reserva de esa índole.
4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 28**Firma**

La presente Convención quedará abierta a la firma de todos los Estados hasta el 17 de enero de 2007 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Artículo 29**Ratificación, aceptación, aprobación o adhesión**

1. La presente Convención quedará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación.
2. La presente Convención quedará abierta a la adhesión de todo Estado.
3. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 30**Entrada en vigor**

1. La presente Convención entrará en vigor en el trigésimo día a partir del depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación o adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
2. Respecto de cada Estado que ratifique, acepte o apruebe la Convención o se adhiera a ella después de depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación o adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día

a partir de aquél en que ese Estado haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación o adhesión.

Artículo 31

Denuncia

1. Cualquier Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas.
2. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación sea recibida por el Secretario General de las Naciones Unidas. No obstante, la presente Convención seguirá aplicándose a las cuestiones relativas a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes que se susciten en un proceso incoado contra un Estado ante un tribunal de otro Estado antes de la fecha en que surta efecto la denuncia respecto de los Estados interesados.
3. La denuncia no afectará en nada al deber del Estado Parte de cumplir toda obligación enunciada en esta Convención a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención.

Artículo 32

Depositario y notificaciones

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será depositario de la presente Convención.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas, en su calidad de depositario de la presente Convención, informará a todos los Estados de lo siguiente:
 - a) las firmas de la presente Convención y el depósito de instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o las notificaciones de denuncia, de conformidad con los artículos 29 y 31;
 - b) la fecha en que la presente Convención entre en vigor, de conformidad con el artículo 30;
 - c) todo otro acto, notificación o comunicación relativo a la presente Convención.

Artículo 33

Textos auténticos

Las versiones en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso de la presente Convención serán igualmente auténticas.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los abajo firmantes, debidamente autorizados para ello por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención, abierta para la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el 17 de enero de 2005.

Anexo de la Convención

Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención

Este anexo tiene por objeto establecer el significado de determinadas disposiciones.

Con respecto al artículo 10

En el artículo 10, el término “inmunidad” deberá entenderse en el contexto del conjunto de la presente Convención.



El párrafo 3 del artículo 10 no prejuzga la cuestión del “levantamiento del velo de la persona jurídica”, las cuestiones relativas a una situación en que una entidad estatal haya hecho deliberadamente una exposición falsa de su situación financiera o haya ulteriormente reducido su activo para evitar el pago de una deuda, ni otras cuestiones conexas.

Con respecto al artículo 11

La referencia que se hace en el apartado *d)* del párrafo 2 del artículo 11 a los “intereses de seguridad” del Estado empleador es, ante todo, una referencia a los asuntos relativos a la seguridad nacional y a la seguridad de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares.

Según el artículo 41 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y el artículo 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, todas las personas a que se hace referencia en esos artículos deberán respetar las leyes y los reglamentos del país anfitrión, incluida la normativa laboral. Asimismo, según el artículo 38 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y el artículo 71 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, el Estado receptor habrá de ejercer su jurisdicción de modo que no perturbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión o de la oficina consular.

Con respecto a los artículos 13 y 14

La expresión “determinación” designa no sólo la comprobación o verificación de la existencia de los derechos amparados, sino también la evaluación o el análisis de la sustancia de esos derechos, que comprende su contenido, ámbito y extensión.

Con respecto al artículo 17

La expresión “transacción mercantil” incluye las cuestiones relativas a las inversiones.

Con respecto al artículo 19

La expresión “entidad” del apartado *c)* designa al Estado en tanto que persona jurídica independiente, unidad constitutiva de un Estado federal, subdivisión de un Estado, organismo o institución de un Estado u otra entidad que goce de personalidad jurídica independiente.

La expresión “bienes que estén vinculados a la entidad” del apartado *c)* se entenderá en un sentido más amplio que el de “propiedad” o “posesión”.

En el artículo 19 no se prejuzgan ni la cuestión del “levantamiento del velo de las personas jurídicas”, cuestión que se refiere al supuesto en que una entidad estatal haya tergiversado intencionadamente su situación financiera o haya reducido ulteriormente sus activos para evitar atender una reclamación, ni las demás cuestiones conexas.



ANEXO 2

Sentencia del 02 de octubre de 2017 en el caso “Edgar Cristian Tello Rivera contra la Agencia de Cooperación de Corea en el Perú” - Expediente 20204-2014-0-1801-JR-LA-15 expedida por la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima - Corte Superior de Justicia de Lima.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15

Señores:

CARLOS CASAS

ESPINOZA MONTOYA

HUERTA RODRÍGUEZ

Lima, 02 de octubre de 2017

VISTOS:

En Audiencia de Vista de la Causa de fecha 05 de mayo de 2017, y Audiencias de Vista en discordias de fecha 25 de setiembre de 2017 e interviniendo como **Juez Superior ponente el señor Hugo Huerta Rodríguez**, con la adhesión de los señores Jueces Superiores Vilma Carlos Casas y Cecilia Espinoza Montoya, y voto en discordia del señor Juez Superior Julio Canales Vidal.

ASUNTO:

Recurso de apelación interpuesto por el demandante la Sentencia N° 306-2015 contenida en la Resolución N° 03 de fecha 22 de octubre de 2015 (folios 297-303), que resolvió declarar:

FUNDADA la Excepción de Incompetencia, en consecuencia **IMPROCEDENTE** la demanda de fojas 21 a 30, subsanada de fojas 38 a 40, en los seguidos por **EDGAR CRISTIAN TELLO RIVERA** contra la **EMBAJADA DE LA REPÚBLICA DE COREA**, sobre Reconocimiento de relación laboral y reposición por despido incausado.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15

Declarara **NULO TODO LO ACTUADO**, conforme lo dispone el numeral 5) del artículo 451 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente caso, conforme a lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497.

AGRAVIOS:

La **demandante** sustenta su recurso impugnatorio en los siguientes términos:

Existe una motivación sustancialmente incongruente, debido a que la inmunidad jurisdiccional es una excepción al principio de tutela jurisdiccional efectiva. Según principio general las excepciones no se presumen sino que deben estar expresamente enunciadas en la norma. La Convención de Viena ha previsto la inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa, mas no la inmunidad de jurisdicción laboral. No puede manifestarse que se haya querido incluir la materia laboral en el término «civil» citado en la convención, toda vez que de los artículos subsiguientes se aprecia que la convención ha regulado expresamente la obligación de los Estados de respetar las normas sobre seguridad social de los trabajadores contratados en el Estado receptor, como se ve del artículo 33 de dicha convención. Si se hubiera pretendido dotar de inmunidad los Estados también en materia laboral, ello estaría taxativamente señalado, lo cual no se ha hecho.

Se trata de una inmunidad para actos de *ius imperium*; los actos de relaciones laborales de personas naturales que no ejercen función diplomática escapan al *ius imperium*. El trabajador no laboraba para la Embajada de la República de Corea sino para la Agencia de Cooperación Internacional de la República de Corea.

La sentencia carece de motivación suficiente, para denegar el acceso a la justicia a un trabajador peruano contratado por la Agencia de Cooperación Internacional de la República de Corea. Así la resolución impugnada se limita a



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

reproducir el contenido de la excepción, agregando solo información superficial para reforzar la idea. La sentencia ha citado el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 1997, sin embargo no existe ningún análisis del caso concreto que tenga en cuenta sus particularidades, como es el hecho que el demandante no realiza funciones diplomáticas, ni trabaja directamente para la representación diplomática sino para KOIKA.

Teniendo en cuenta que en este caso existe un conflicto entre los derechos fundamentales al trabajo, de acceso a tutela a la justicia y tutela jurisdiccional frente al principio de inmunidad de jurisdicción diplomática, no se ha realizado ningún ejercicio de ponderación o test de proporcionalidad que en el caso demuestre la compatibilidad de la decisión adoptada con la Constitución Política del Estado. Los derechos de acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional son la garantía de materialización de los derechos que como trabajador le asisten al demandante.

Si bien la excepción planteada ha señalado que los tribunales competentes en este caso son los coreanos, por la naturaleza de la demandada, es quimérica la posibilidad de que el actor litigue en un territorio que no conoce, en el que no desarrolló sus servicios, en otro idioma y bajo principios procesales que no conoce, asumiendo costos más altos. Estos hechos implican la negación del derecho al trabajo.

Existe inmunidad restringida. La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado la Tesis de la Inmunidad Relativa, basada en diferencias los actos *iure imperii* (de poder público o de soberanía) de los *iure gestionis* (de carácter privado). Esta tesis establece que los estados deben responder por los actos que hubieran realizado como un particular, como transacciones comerciales y otros o contratos de trabajo, como es el presente caso. La aplicación de esta tesis implica la posibilidad de que los tribunales nacionales dicten sentencia contra un estado extranjero.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

Esta tesis fue incluida en prácticas jurisprudenciales (cita casos de Gran Bretaña, Estados Unidos de Norteamérica, Francia y Sudáfrica), para luego ser incluida en la Convención de Viena que ha fijado supuestos en los cuales no se aplica la inmunidad de jurisdicción (precisamente relacionados con trabajadores). Asimismo el Decreto Supremo 0007-82-RE que reglamenta la aplicación del convenio de Viena en el Perú, ha puesto límites a la inmunidad absoluta de los estados acreditantes.

La demandada, si bien es una agencia internacional, ha consignado un contrato de trabajo con una persona natural; actuó en privado no siendo su actuación una posición de Estado para con el trabajador, sino empleador.

La inmunidad está destinada a salvaguardar el libre desenvolvimiento del Estado acreditante, en razón de sus atribuciones soberanas y no para otorgar impunidad.

FUNDAMENTOS

Mediante el recurso de apelación lo que se pretende es que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente, conforme lo dispone el artículo 364 del Código Procesal Civil. Son las partes las que delimitan la impugnación y es el juez quien debe emitir sentencia dentro de dichos límites. De este modo, son los agravios los que delimitan el ámbito exclusivo sobre el cual debe pronunciarse este órgano jurisdiccional (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En cuanto a los alcances del artículo 31 numeral 1 de la Convención de Viena de 1961, sobre Relaciones Diplomáticas, de la cual nuestro país es parte, establece:



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15

*El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor.
Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:*

- a. de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; b. de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; c. de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.*

1. Una lectura literal de este artículo, en efecto, nos dice que al agente diplomático le alcanza la inmunidad de la jurisdicción penal, civil y administrativa, lo cual haría concluir que no se encuentra comprendido el ámbito laboral. Sin embargo, de acuerdo a la intención de la Comisión que redactó el citado instrumento convencional, el agente es inmune a todas las jurisdicciones. Así lo señala María del Rocío CARRO HERNÁNDEZ, cuando indica: « [...] al analizar la intención del comité de redacción de la Convención (1961) se puede concluir que si bien se consignó así, se hizo considerando que todas las ramas del Derecho llegan a ser en definitiva civiles y administrativas y que por consiguiente el agente diplomático es inmune a todas las jurisdicciones».¹

2. Ahora bien, resulta cierto que el Convenio en el artículo 33, establece:

1. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 3 de este Artículo, el agente diplomático estará, en cuanto a los servicios prestados al Estado acreditante, exento de las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en el Estado receptor.

2. La exención prevista en el párrafo 1 de este Artículo se aplicará también a los criados particulares que se hallen al servicio exclusivo del agente diplomático, a condición de que:

¹ CARRO HERNANDEZ, María del Rocío. *La inmunidad diplomática en materia laboral*. En: Revista Debate Laboral, Año II, N° 3/89, San José- Costa Rica, 1989, pág. 205.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

*a. no sean nacionales del Estado receptor o no tengan en él residencia permanente; y
b. estén protegidos por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en el Estado acreditante o en un tercer Estado.*

3. El agente diplomático que emplee a personas a quienes no se aplique la exención prevista en el párrafo 2 de este Artículo, habrá de cumplir las obligaciones que las disposiciones sobre seguridad social del Estado receptor impongan a los empleadores.

4. La exención prevista en los párrafos 1 y 2 de este Artículo no impedirá la participación voluntaria en el régimen de seguridad social del Estado receptor, a condición de que tal participación esté permitida por ese Estado.

5. Las disposiciones de este Artículo se entenderán sin perjuicio de los acuerdos bilaterales o multilaterales sobre seguridad social ya concertados y no impedirán que se concierten en lo sucesivo acuerdos de esa índole.

3. Al respecto, de la redacción de las diversas disposiciones que contiene el mencionado artículo (las que son pertinentes con lo que se discute en este proceso), es claro que están referidas exclusivamente a disposiciones sobre seguridad social, incluso en el numeral 3 refiere al empleo exclusivo de «*criados particulares*», respecto de quienes la exención solo comprende la seguridad social. De este modo, no puede asimilarse las materias referidas en el convenio como seguridad social a las del derecho laboral como pretende el apelante.
4. En cuanto a que se trata de una inmunidad para actos de *ius imperium*. En primer lugar resulta claro que la demanda ha sido dirigida contra la Agencia de Cooperación Internacional de Corea en el Perú-Embajada de la República de Corea. De este modo, son aplicables la norma establecida en el artículo 2067 del Código Civil, la que establece que *la competencia jurisdiccional de los tribunales peruanos para conocer de las acciones intentadas contra estados extranjeros o sus jefes representantes diplomáticos, organismos internacionales y sus representantes, se regula por lo dispuesto en los Tratados Internacionales sobre la materia ratificados por el Perú.* De este modo, no son los actos de *ius imperium* del país acreditante el que delimita la inmunidad de jurisdicción sino la competencia de los tribunales nacionales como país receptor.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

5. En relación con el conflicto existente entre los derechos fundamentales al trabajo, de acceso a tutela a la justicia y tutela jurisdiccional frente al principio de inmunidad de jurisdicción diplomática, se debe tener en cuenta lo siguiente. En primer término, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el Expediente N° 763-2005-PA/TC de fecha 13 de abril de 2005:

Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. [...] En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia. [...] considera este Colegiado que cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura, prima facie, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado. En dicho contexto, queda claro que si, a contrario sensu de lo señalado, la judicatura no asume la elemental responsabilidad de examinar lo que se le solicita y, lejos de ello, desestima, de plano, y sin merituación alguna lo que se le pide, en el fondo lo que hace es neutralizar el acceso al que, por principio, tiene derecho todo justiciable, desdibujando el rol o responsabilidad que el ordenamiento le asigna. La tutela judicial efectiva no significa, pues, la obligación del órgano

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda, ni que, admitida a trámite, tenga necesariamente que declararse fundada dicha demanda.

6. De este modo, como ha expresado el Alto Tribunal, no es que la admisión de una demanda implique necesariamente un pronunciamiento de fundabilidad; por tratarse este principio uno de naturaleza procesal, lo que significa es que el justiciable tenga la posibilidad real de acceder a los órganos jurisdiccionales, al margen de la pretensión intentada y subsecuente legitimidad que pueda o no sostenerla.
7. Esa ha sido la razón por la que los órganos jurisdiccionales de la República asumieron el Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997, cuyas conclusiones fueron aprobadas mediante Resolución Administrativa N° 650-CME-PJ del 23 de junio de 1998: allí se acordó lo siguiente:

El Juez de Trabajo Peruano podrá admitir la demanda interpuesta contra la legación diplomática de Estado Extranjero u Organismo internacional en tanto que de las pruebas acompañadas a ella no fluya de manera notoria incompetencia.

8. A esta conclusión se arribó con base a los siguientes argumentos que nos permitimos traerlo a este lugar.

Que, se discute si el juez de trabajo puede admitir o no una demanda interpuesta por un trabajador contra una Misión Extranjera o un Organismo Internacional cuya sede u oficina se encuentre en el Perú (Estado huésped) por los servicios prestados o contratados en el Perú. Que, las Convenciones Internacionales de Viena y la Habana, así como otros Tratados Especiales, otorgan a las representaciones diplomáticas de Gobiernos extranjeros y de Organismos Internacionales en un Estado Huésped, inmunidad jurisdiccional de éste último, especialmente en relación a los actos que se denominan de jure imperis, dejando algunas salvedades en cuanto a los de jure gestiones. Que, estos privilegios, deben ser usufructuados por las entidades que demuestren haber cumplido los requisitos que exigen en cada caso las normas de Derecho Internacional, por lo que no se puede

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15

presumir oficiosamente la inmunidad, antes de calificar tales circunstancias. Que, los trabajadores que laboren en el territorio nacional tienen derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, por el solo hecho de estar sometido a las Leyes de la República, de acuerdo al principio contemplado en el inciso 3) del Artículo 139ª de la Constitución. Que, los jueces peruanos no pueden rechazar ad limine la demanda de un trabajador nacional o residente en el país, ya que puede producirse sometimiento a su jurisdicción, renunciando a la inmunidad de que goza, una vez que se ponga en conocimiento de la legación diplomática u organismo internacional la existencia de la demanda.

9. Puede verse, entonces, que también el pleno jurisdiccional enfoca el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva desde el ángulo procesal y, en la medida que la legación diplomática u organismo internacional se someta a la jurisdicción nacional, resultaría factible emitir una sentencia de mérito, sin que ello faculte a un juez nacional de rechazar *in limine* una demanda, supuesto en el cual sí se estaría ante una denegatoria de tutela jurisdiccional, lo que no ha sucedido en autos.
10. En esta línea de ideas, el pronunciamiento del juez *a quo* acogiendo la excepción propuesta por la demandada, implicando con ello que ésta no se sometió a la jurisdicción nacional, importa en sí mismo una respuesta de acceso a la tutela judicial de la jurisdicción nacional. Como señala Luis Ignacio SANCHEZ RODRIGUEZ², «lo que verdaderamente debe tenerse presente es que «*la inmunidad jurisdiccional aquí considerada no opera respecto al derecho sustantivo cuya sanción judicial el actor trata de obtener, sino frente al sometimiento al proceso del Agente diplomático [...]»*».
11. En esta misma línea, debe considerarse además que el ejercicio de un derecho fundamental, no es absoluto. Es pacífica la doctrina constitucional que admite regulaciones, limitaciones o restricciones que el Estado formula a fin de

² SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio. Inmunidad de Jurisdicción Civil de los Agentes Diplomáticos en España versus tutela efectiva a propósito de una sentencia de nuestro tribunal constitucional. Pág. 376. Fuente: file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet [...].

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15

efectivizar, en armonía social, cada uno de los derechos fundamentales. Así, señala PINEDA ZEVALLOS³:

*No es ajeno a nuestra realidad jurídica que los derechos fundamentales han sido un tema de vital importancia en cuanto al desarrollo individual y colectivo del ser humano, en el ejercicio cotidiano, claro está, de sus ideales e intereses, así los derechos fundamentales como bien señala GARCIA citando a ALEXY (1) “exhiben cuatro rasgos en grado máximo: 1) presentan máxima jerarquía, 2) gozan de máxima fuerza jurídica, 3) regulan objetos de máxima importancia y 4) adolecen de máxima indeterminación”, sin embargo dicho ejercicio de los derechos fundamentales no implica que pueda ser considerado como algo aislado al ejercicio de los derechos fundamentales de otro ser humano, pues como bien señala ABAD citando a SOLOZABAL (2) “todos se encuentran en relación próxima entre sí y con otros bienes constitucionales protegidos con los cuales, potencialmente, cabe el conflicto”, es ahí donde surge la necesaria interrelación pacífica de ambos derechos a fin de evitar posibles escenarios conflictivos y esto es porque en nuestro ordenamiento jurídico no se concibe la jerarquización o supremacía de algún derecho fundamental frente a otro. **En tal sentido la armonía en el ejercicio de cada uno de estos derechos estará dada, en principio por las normas, regulaciones, limitaciones o restricciones que el Estado pueda hacer a fin de efectivizar, en armonía social, cada uno de los derechos fundamentales que nuestra constitución política ha consagrado positivándolos de los tratados internacionales. [...]** Claro está, es doctrinariamente superado y aceptado que los derechos fundamentales no son derechos que gozan de ser absolutos y que por consiguiente no cabría limitación a su actual ejercicio, sin embargo y como bien se ha señalado anteriormente ello quizás pueda concebirse en un plano teórico, mas no en un ámbito en el cual surgen interrelaciones en su ejercicio con otros derechos fundamentales, aquellas interrelaciones son las que necesariamente determinan la existencia de límites entre cada uno de ellos, los cuales serán impuestos por el*

³ PINEDA ZEVALLOS, César Jesús. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, el libre desarrollo de la personalidad y a gozar de un ambiente equilibrado*. Fuente: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/>[...].

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

legislador, siempre y cuando los mismos puedan ser razonables justificando la decisión por parte del legislador del porqué la existencia o implementación razonada de la limitación de aquel derecho fundamental.

12. En este orden, la consecuencia de la excepción promovida por la demandada es que el actor debe recurrir a los tribunales coreanos. Esta situación si bien complica el panorama procesal para el demandante, en los términos de espacio y tiempo y realidad distinta; sin embargo, no debe de tenerse en cuenta que la inmunidad de jurisdicción impide que un país ejerza soberanía sobre otra, lo cual no significa ni implica en modo alguno la negación del derecho del trabajo, entendida ésta desde el plano objetivo sino que desde lo subjetivo el actor no tiene como único camino los tribunales nacionales sino también la jurisdicción del país de la demandada.
13. En punto a lo desarrollado hasta este lugar, el apelante sostiene que la orientación de la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado la *Tesis de la Inmunidad Relativa*, basada en diferenciar los actos *iure imperii* (de poder público o de soberanía) de los *iure gestionis* (de carácter privado). Esta tesis, sin embargo, no ha sido recogida en la Convención de Viena, es decir, la tesis que los Estados deben responder por los actos que hubieran realizado como un particular, lo cual implicaría la posibilidad de que los tribunales nacionales dicten sentencia de mérito contra un estado extranjero que no se ha sometido a su jurisdicción, pues tal corriente doctrinaria no fluye del texto de la referida Convención.
14. De otro lado, el Decreto Supremo 0007-82-RE que reglamenta la aplicación del convenio de Viena en el Perú, en modo alguno puede poner límites a la inmunidad tal cual se desprende de dicho Convenio. No debe dejarse de tener en cuenta que *«cuando la soberanía estatal se proyecta en el ámbito internacional en cualquiera de sus dimensiones, incluida la potestad jurisdiccional, no cabe entender que la*

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

Constitución la configure como un poder absoluto o ilimitado frente a otros Estados, sino como un haz de potestades cuyo ejercicio por los poderes públicos está sujeto al Derecho».⁴

15. En cuanto al hecho que entre la demandada como una agencia internacional, haya consignado un contrato de trabajo con una persona natural y que ello implica que actuó en privado y no como Estado para con el trabajador, y de suyo empleador; tal situación, como ya se dijo, no excluye la inmunidad de jurisdicción que solo hace exenciones en los casos que el propio Convenio prevé y por tanto vía un ejercicio interpretativo no puede configurar un supuesto no previsto expresamente en este instrumento internacional.
16. Por último, los argumentos expuesto por el juez a quo configuran una motivación suficiente. Al efecto, debe tenerse en cuenta los alcances del pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional recaído en el Exp. N° 07025-2013-AA/TC LORETO de fecha 09 de setiembre de 2015, a su respecto:

Ahora bien, es verdad que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones de las partes tengan que ser objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En realidad, lo que este derecho exige es que el razonamiento empleado por el juez guarde relación con el problema que le corresponde resolver. De ahí que el deber de motivación de las resoluciones judiciales alcance también a la suficiencia de la argumentación brindada por los órganos jurisdiccionales, dentro del ámbito de sus competencias.

La motivación suficiente, en la concepción de este Tribunal, se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la 'insuficiencia' de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo" [STC 00728-2008-HC, fundamento 7, literal d)] (énfasis agregado).

⁴ SANCHEZ RODRIGUEZ, ob. Cit. Pág. 377.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15

Por estos fundamentos expuestos, y de conformidad con el literal a) del artículo 4.2° de la Nueva Ley Procesal de Trabajo - Ley N° 29497, la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima y administrando Justicia a nombre de la Nación:

1. **CONFIRMAR** la Sentencia N° 306-2015 contenida en la Resolución N° 03 de fecha 22 de octubre de 2015 (folios 297-303), que resolvió declarar: **FUNDADA** la Excepción de Incompetencia, en consecuencia **IMPROCEDENTE** la demanda de fojas 21 a 30, subsanada de fojas 38 a 40; **NULO TODO LO ACTUADO**, conforme lo dispone el numeral 5) del artículo 451 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente caso, conforme a lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497.

En los seguidos por en los seguidos por **EDGAR CRISTIAN TELLO RIVERA** contra la **AGENCIA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE COREA EN EL PERÚ KOIKA - EMBAJADA DE LA REPÚBLICA DE COREA**, sobre Reconocimiento de relación laboral y reposición por despido incausado; y los devolvieron al **Décimo Quinto Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima.-**

Notifíquese.-

EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR JULIO CANALES VIDAL, es como sigue:

I. ANTECEDENTES:

Resolución materia de apelación.- Es materia de impugnación:



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15

La **Sentencia N° 306-2015** contenida en la Resolución N° 03 de fecha 22 de octubre del 2015, corriente de fojas 297 a 303, que resolvió declarar:

1. **FUNDADA** la Excepción de Incompetencia, en consecuencia **IMPROCEDENTE** la demanda de fojas 21 a 30, subsanada de fojas 38 a 40, en los seguidos por **EDGAR CRISTIAN TELLO RIVERA** contra la **EMBAJADA DE LA REPUBLICA DE COREA** sobre Reconocimiento de relación laboral y Reposición por Despido Incausado.
2. Declarar **NULO TODO LO ACTUADO**, conforme lo dispone el numeral 5) del artículo 451° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente caso, conforme a lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497.
3. **ABSOLVER** a la embajada demandada de la instancia, y consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, **ARCHÍVENSE** los de la materia, sin la condena de costos ni costas del proceso.

Fundamentos de la apelación.-

La parte **demandante** interpone apelación contra la sentencia emitida en autos, expresando como agravios:

- a) Que, existe una motivación sustancialmente incongruente, debido a que en el contenido de la resolución apelada ninguno de esos argumentos expuestos han sido considerados ni analizadas, así pues no existe pronunciamiento alguno de estimación o denegación de los mismos, hecho que deviene en un vicio en la



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

motivación de la sentencia, al no guardar congruencia con los argumentos expuestos en la absolución de la excepción de incompetencia.

- b) De igual forma carece de motivación suficiente para denegar el acceso a la justicia a un trabajador peruano contratado por la Agencia e Cooperación Internacional de la República de Corea, así la resolución impugnada se limita a reproducir el contenido de la excepción, agregando solo información superficial para reforzar la idea.
- c) Si bien la resolución apelada señala que se ha determinado que la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, también es aplicable en materia laboral, sin embargo no existe ningún análisis del caso concreto que tenga en cuenta sus particularidades, como son el hecho de que el trabajador no realiza funciones diplomáticas ni trabaja directamente para la representación diplomática sino para la KOIKA.
- d) No se ha realizado el ejercicio de ponderación o test de proporcionalidad que en el caso demuestre la compatibilidad de la decisión adoptada con la Constitución Política del Estado.
- e) Que, si bien la demandada es una agencia internacional, ésta ha consignado un contrato de trabajo con una persona natural, es decir que actuó como un privado, y su actuación en ningún momento fue en posición de Estado para con el trabajador, sino la de empleador, así el régimen laboral que rige la relación entre la partes es de naturaleza privada, pues el contrato se ha firmado bajo los alcances del D.L. 728.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15

- f) Se debe tener en cuenta que la inmunidad está destinada a salvaguardar el libre desenvolvimiento del Estado acreditante en razón a sus atribuciones soberanas y no para otorgar impunidad, por lo que la inmunidad absoluta ha sido rechazada.
- g) Debe tenerse presente que la materia laboral no es una rama nueva del derecho, la materia laboral se ha desarrollado con independencia desde inicios del siglo XX, siendo la convención de Viena citada del año 1961, por lo que no se puede alegar que se ha querido considerar lo laboral en materia civil.

II. PARTE CONSIDERATIVA:

1. De conformidad con el artículo 370°, in fine, del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, refiere que la competencia del superior sólo alcanza a éste y a su tramitación, por lo que corresponde a este órgano jurisdiccional revisor circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada. Asimismo, conforme al principio descrito, el órgano revisor se pronuncia respecto a los agravios contenidos en el escrito de su propósito ya que se considera que la expresión de agravios es como la acción (pretensión) de la segunda (o tercera, según el caso) instancia.
2. **Debido Proceso:** la doctrina ha conceptualizado el debido proceso como un derecho humano o fundamental que asiste a toda persona por el sólo hecho de serlo, y que le faculta a exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

solamente está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla con determinadas garantías mínimas que el aseguren tal juzgamiento imparcial y justo, en tanto que el debido proceso sustantivo no sólo exige que la resolución sea razonable, sino esencialmente justa.

De la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

3. La garantía de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, establecida como principio y derecho de la función jurisdiccional por el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, reconoce a toda persona el derecho a que cuando pretenda alguna prestación de otra persona esa pretensión sea atendida, protegida por el órgano jurisdiccional a través de un proceso con las mínimas garantías. El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva no comprende necesariamente obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas por la persona o el sujeto de derecho que lo solicita o peticiona, sino mas bien es la atribución que tiene el Juez, que representa al aparato jurisdiccional a dictar una resolución conforme a derecho.
4. Que, tal como prescribe el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
5. En esta línea argumentativa, el Tribunal Constitucional ha señalado, que *“El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental consagrado en el artículo 139° inciso*

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

3) de la Constitución y comprende a su vez varios derechos, dentro de los cuales cabe destacar el derecho de acceso a la justicia. El derecho de acceso a la justicia, implica, como ha sido señalado en reiterada jurisprudencia por el Tribunal Constitucional, como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0763-2005-PA, la garantía de que los ciudadanos puedan acceder a los órganos jurisdiccionales para que se resuelva una situación jurídica, conflicto de derechos o presentación de reclamos en un proceso judicial. Ello no quiere decir, sin embargo, que los jueces se vean obligados a estimar las demandas que les sean presentadas sino que se dé respuesta a las mismas, ya sea estimando o desestimando la pretensión planteada, de manera razonada y ponderada⁵.

De la aplicación de las normas en el espacio y la inmunidad de jurisdicción.

6. La inmunidad de jurisdicción es un principio derecho del derecho internacional de carácter excepcional que se sustenta en los principios de igualdad, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en la independencia que se sintetiza en el aforismo de origen feudal “*par in parem non habet imperium*” (entre pares no hay actos de imperio), reconocido a cada Estado en razón al atributo esencial de su soberanía a no ser sometido a la potestad jurisdiccional de otro Estado y como tal garantiza la exclusión de la posibilidad de que un sujeto específico pueda quedar sometido a la jurisdicción interna de determinado Estado, desde dos manifestaciones fundamentales:

i.- la inmunidad de jurisdicción, que se refiere a la incompetencia de los jueces nacionales para juzgar a determinados sujetos de derecho internacional, que pueden ser otros Estados u organizaciones internacionales; y

⁵ EXP. 03063-2009-PA/TC



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

ii.- la inmunidad de ejecución, la cual impide que se haga efectiva determinada decisión judicial, en caso de que el procedimiento contra el sujeto de derecho internacional se hubiere llevado a cabo?

7. Históricamente se diferencian dos etapas en el tratamiento acordado a los Estados extranjeros para ser llevados a juicio ante los tribunales nacionales, a saber:

1.- Desde antes de la Primera Guerra Mundial se reconoce la exención incondicional del Estado extranjero al sometimiento jurisdiccional del Estado receptor o *tesis de la inmunidad absoluta de los Estados*, la cual consiste en que no es posible llevar ante los estrados judiciales nacionales a un Estado extranjero a no ser que éste manifieste su consentimiento para ello; en otras palabras, renuncie al beneficio de la inmunidad de jurisdicción. Esta tesis indica que los Estados al ser todos iguales no pueden juzgarse los unos a los otros y, propende por mantener las buenas relaciones entre éstos. No obstante, esta parece ser ya una tesis ya superada por su tratamiento en el marco del Derecho Público Internacional.

2.- Después de la Segunda Guerra Mundial comenzó a perfilarse otra posición, que es la de los Estados que apoyan la *tesis de la inmunidad relativa o restringida*. Así, entienden que para hablar de inmunidad de jurisdicción de un Estado se deben tener en cuenta dos criterios: De una parte, cuando el Estado actúa como Estado (*actos jure imperii*) goza de inmunidad absoluta, y de la otra, cuando un Estado actúa como particular (*actos jure gestionis*) se configura una inmunidad relativa o restringida que permite sujetar los actos de gestión a la jurisdicción local de los países receptores.

8. De manera que, resulta relevante para determinar la competencia del Juez competente y la ley aplicable, en materia laboral, establecer en cuál de las dos

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

tesis se adscribe el conflicto entre un Estado acreditante (sede diplomática) en relación a una relación laboral con un trabajador particular del país receptor; al respecto, es de precisar que aunque no existe un tratamiento uniforme a este respecto; empero, la costumbre internacional más extendida reconoce el carácter restringido de la inmunidad de los Estados en materia laboral; ello, basado en proteger el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Análisis del caso concreto

9. El señor Edgar Cristian Tello Rivera, aduce haber ingresado a trabajar a la Agencia de Cooperación Internacional de Corea (KOICA) entidad adscrita a la Embajada de la República de Corea en el Perú, el 02 de julio del año 2013 en calidad de Ingeniero, en forma permanente hasta el 02 de julio del año 2014, habiendo sido cesado en forma injustificada, percibiendo como remuneración última el monto de \$ 3,400.00 Dólares Americanos.
10. Con su demanda, pretende que judicialmente se le reconozca su calidad de trabajador con contrato de trabajo de naturaleza indeterminada; y como consecuencia de ello, la demandada lo reponga a su centro de trabajo, con el pago de costas y costos del proceso.
11. El A quo, mediante resolución N° 03 que contiene la Sentencia N° 306-2015 de fecha 22 de octubre del 2015, declara fundada la Excepción de Incompetencia, en consecuencia improcedente la demanda, argumentando que, si bien se admitió la demanda; y conforme a la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, se le dio el trámite de un proceso ordinario laboral, citándose a la Audiencia de Conciliación, y es en esa audiencia, la Embajada demandada, ha presentado su escrito de contestación a la demanda, en la cual, no sólo no



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

renuncia de manera expresa a la inmunidad jurisdiccional, sino que además cuestiona la competencia con la excepción de Incompetencia, lo que significa que ha existido sometimiento alguno a la jurisdicción de ese juzgado, por lo que estando a que conforme a la Convención de Viena sobre la Relaciones Diplomáticas, se puede establecer que en efecto los diplomáticos gozan de inmunidad de la jurisdicción.

12. Por lo antes mencionado, resulta de especial relevancia y trascendencia identificar si esta inmunidad de jurisdicción también opera sin restricción alguna incluso frente a controversias suscitadas por el goce de derechos laborales que tienen como fuente exclusiva y excluyente una relación de trabajo de naturaleza dependiente y es que la Constitución Política del Estado Peruano desde sus artículos 22° y 23° como expresión de su vocación protectora y tutiva reconoce expresamente al trabajo como un deber y derecho, base del bienestar social y un medio de realización de la personal, razón por la cual lo tipifican como objeto de atención prioritaria del Estado de allí que con singular contundencia sancione que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, e incluso su artículo 26° confiere carácter irrenunciable a los derechos laborales que emergen de la Constitución y la Ley.
13. Consideramos, en el caso concreto, que el A quo erróneamente ha resuelto la excepción deducida, porque considera que a pesar de que la embajada demandada se está sometiendo a la jurisdicción del juzgado, considera que los diplomáticos gozan de inmunidad de la jurisdicción.
14. Sin embargo para nosotros consideramos que al existir una relación laboral entre un particular con un Estado acreditante, es un acto de gestión, por lo que, con ello, no podemos dejar de lado al actor en una situación de desventaja

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15

y desprotección vulnerando sobre todo, su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, a pesar que el mismo se encuentra consagrado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado y se debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 23° de la Constitución Política que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

15. Si bien el artículo 31° de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y adherida por el Perú el 18 de diciembre de 1968, mediante Decreto Ley N° 17243, establece: “1. *El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:*

a. de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; b. de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; c. de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

2. El agente diplomático no está obligado a testificar.

3. El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a, b y c del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia.

4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante”.

16. Esta interpretación restrictiva no sería subjetiva, si se contextualiza bajo lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 33° de la misma Convención, el cual



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

señala que el agente diplomático debe cumplir con las disposiciones que el Estado receptor imponga en materia de seguridad social a los empleadores, respecto de los “criados particulares” que le presten sus servicios, siempre que sean nacionales del Estado receptor o tengan en él su residencia permanente. En los demás casos, en cuanto a los servicios prestados al Estado acreditante, se encuentra exento de cumplir con tales disposiciones.

17. En el caso concreto, la propia sede diplomática demandada, se colige de los documentos adjuntados por el actor, denominado contrato de trabajo, reconoce y admite que los beneficios sociales a percibir el actor, corresponde a los que otorga la normativa del país receptor (Perú), lo que de algún modo contradice su teoría del caso de la demandada, al señalar que en caso de controversia se resolverán las autoridades Coreanas.

18. Y si bien, el Estado Peruano no forma parte de la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus bienes adoptada el 02 de setiembre del 2004, no significa la inexistencia de regulación en la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados sino que, la misma, se rige por el Derecho Internacional consuetudinario.

19. De este modo se acoge en la Convención adoptada el 02 de setiembre del 2004, la costumbre internacional imperante después de la segunda guerra mundial se adhiere a la tesis de la inmunidad jurisdiccional restringida de los Estados extranjeros en materia laboral, lo cual permite que puedan ser llamados a juicio por tribunales cuando se encuentran comprometidos derechos laborales y prestacionales de connacionales y residentes permanentes del territorio nacional, que prestaron sus servicios a Misiones o Delegaciones extranjeras. Así en su artículo 11° establece que *“1.Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa,*

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

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.2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica: a) si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público; b) si el empleado es: i) un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; ii) un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; iii) 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 iv) cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática; c) si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de una persona natural; d) 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; e) 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 f) 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”.

20. De lo expuesto precedentemente, se infiere que la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus bienes en armonía con la costumbre internacional más extendida reconoce el carácter restringido de la inmunidad de los Estados en materia laboral que busca cautelar el derecho fundamental de acceso a la justicia, especial en los conflictos derivados de relaciones laborales con los nacionales del Estado receptor, de allí

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

que deba concluirse que la emplazada debe someterse irrestrictamente a las normas laborales internas ante el decaimiento de su tesis de la inmunidad absoluta de jurisdicción en materia laboral y el advenimiento de la inmunidad restringida, por lo que no podría alegar inmunidad por reclamos derivados del contrato de trabajo o de la ejecución de relaciones laborales, razón por la cual no podrían constituir pautas válidas para determinar una posición jurisdiccional distinta.

21. Descartada la inmunidad de jurisdicción planteada queda por esclarecer la configuración de la relación de trabajo que invoca el accionante como causa fuente exclusiva y excluyente de los derechos laborales cuyo reconocimiento reclama por todo su record de servicios prestados a favor de la demandada KOIKA, organismo adscrito a la Embajada de la República de Corea; conforme, ha sido señalado por la abogada de la parte demanda, que los contratos con el personal que contrata en el Perú definitivamente tienen la naturaleza de temporales por la propia naturaleza que desarrolla KOIKA⁶.
22. Sin perjuicio, a lo antes mencionado, cabe indicar que la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, no contempla la reposición, siendo ello así, por lo que corresponde declarar fundada la excepción de incompetencia en el extremo de reposición del actor en su puesto de labores, en consecuencia se desestima los agravios deducidos en este extremo.

⁶ Registrado en audio y video a 14:05 minutos en adelante



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LIMA
Expediente N° 20204-2014-0-1801-JR-LA-15**

Por estas consideraciones, **MI VOTO ES POR:**

REVOCAR la **Sentencia N° 306-2015** contenida en la Resolución N° 03 de fecha 22 de octubre del 2015, que declara **FUNDADA** la Excepción de Incompetencia, **REFORMÁNDOLA** se declare **FUNDADA en parte** la excepción de incompetencia por territorio en el extremo de la reposición, y **DISPUSIERON** que el Juez de la causa, continúe con la prosecución del presente proceso en mención al reconocimiento laboral.

En los seguidos por **EDGAR CRISTIAN TELLO RIVERA** contra la **EMBAJADA DE LA REPUBLICA DE COREA** sobre Reconocimiento de relación laboral y Reposición por Despido Incausado; y, los devolvieron al Décimo Quinto Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima.

Notifíquese.-

ANEXO 1 - MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA PRINCIPAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS	VARIABLES DE ESTUDIO	METODOLOGÍA
¿Cómo superar la vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo en procesos de reposición laboral contra un Estado extranjero por invocación de inmunidad jurisdiccional en el Perú?	Prescribir la forma de superar la vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo en procesos de reposición laboral contra un Estado extranjero por invocación de inmunidad jurisdiccional en el Perú.	El juez nacional laboral peruano cuenta con un argumento legal razonable que le permite superar la vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo en procesos de reposición laboral contra un Estado extranjero en el cual se invoque de inmunidad jurisdiccional estatal.	CATEGORÍA 1°	TIPO DE ESTUDIO
			Inmunidad jurisdiccional de los Estados	Dogmática exploratoria: Puesto que se orienta a establecer la conveniencia o no de considerar como foro a un tribunal extranjero en materia de reposición laboral.
			CATEGORÍA 2°	MUESTRA NO PROBABILÍSTICA
			Derecho de acceso a un recurso efectivo en procesos de reposición laboral contra un estado extranjero en el Perú	Por ser un estudio de carácter dogmático en el que el análisis documental se refiere a un conjunto de disposiciones normativas respecto a la reposición laboral y la jurisdicción de los tribunales extranjeros, el presente estudio no tiene una muestra cuantificada específicamente.