

OTRA ETAPA EN “LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER”: DERECHOS HUMANOS VERSUS INMUNIDAD DE LOS ESTADOS*

Javier A. GONZÁLEZ VEGA
Catedrático de Derecho internacional público y
Relaciones internacionales
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

SUMARIO: 1.- Introducción.- 2.- La conformación y evolución de la institución. 3.- La “codificación” del Derecho de las inmunidades: la Convención de Nueva York.- 4.- Las implicaciones de las relaciones estructurales del Derecho internacional público contemporáneo: la contestación del Derecho vigente: 4.1. Tortura e inmunidad: el asunto *Al-Adsani*. 4.2. Crímenes de guerra e inmunidad: los “casos griegos” ante las jurisdicciones europeas. 4.3. La sentencia de 2012 de la CIJ en el asunto de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia (interviniente))*. 4.4. ¿El último acto? La sentencia núm. 238 de la *Corte Costituzionale* de 22 de octubre de 2014.- 5.- La posición del Derecho español: la Ley Orgánica 16/2015 de inmunidades.- 6.- Un balance provisional: *esperando a Godot*.

1.- INTRODUCCIÓN

Entre la copiosa bibliografía del desaparecido Profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA figura una obra -*La lucha contra las inmunidades del poder*- que constituye una referencia fundamental en el campo del Derecho Público español¹. De ella tomamos el título del presente discurso, pues -como el distinguido público tendrá ocasión de advertir- en él se reivindica la plena inserción del Derecho internacional público en el marco de las disciplinas del Derecho Público y lo hace planteando el examen de algunas cuestiones relacionadas con una institución -la inmunidad de jurisdicción- asociada a uno de los basamentos compartidos por el conjunto de estos saberes: el postulado de la soberanía de los Estados. Por otra parte, como también habrá ocasión de comprobar la transdisciplinariedad inherente a la institución que abordamos se verá confirmada a lo largo del presente trabajo dado que en su implementación confluyen no sólo el Derecho internacional público -en el que tiene su origen la institución- sino el Derecho constitucional, el Derecho administrativo y el Derecho procesal, viéndose también en juego otras ramas jurídicas como el Derecho civil, el laboral o el Derecho internacional privado.

* Discurso de ingreso como miembro correspondiente en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, pronunciado en el Ilustre Colegio de Abogados, Oviedo, 25 de septiembre de 2017. Respuesta de la Académica de número Paz Andrés Sáenz de Santa María.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cívitas, Madrid, 1983 (objeto de sucesivas reimpresiones, la última de 2016). La obra recoge y toma el título de su muy anterior aportación “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)” *RAP*, núm. 38, 1962, pp. 159-205 (texto accesible en <file:///C:/Users/Powerot/Downloads/Dialnet-LaLuchaContraLasInmunidadesDelPoderEnElDerechoAdmi-2112627.pdf> consultado el 11 de junio de 2017).

Volviendo a la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, en ella se llamaba la atención sobre la génesis de este movimiento perpetuamente inacabado en los acontecimientos propiciados por las revoluciones liberales -y al frente de ella la gran Revolución Francesa. Ciertamente, en esas convulsiones se encuentra el origen del paulatino derrumbamiento de las inmunidades del poder. Pero, conviene advertirlo, desde la perspectiva de nuestra disciplina, ese movimiento encontró un escollo -¿inesperado?- en la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros. De hecho, fueron los artífices de aquella otra gran Revolución que condujo a la independencia de lo que luego devendrían los Estados Unidos los primeros que sostuvieron que la lucha contra la arbitrariedad del poder debía de detenerse ante las fronteras del propio Estado.

En efecto, fue el memorable Presidente del Tribunal Supremo (*Chief Justice*) de los EEUU y líder del Partido Federalista, John MARSHALL² quien tuvo ocasión de sostener en un célebre asunto -*The (Schooner) Exchange v. McFaddon (and others)*- que:

“Esta perfecta igualdad y absoluta independencia de los soberanos, y este interés común que les induce a mantener relaciones mutuas y a prestarse servicios recíprocos, han dado lugar a una categoría de situaciones en las que se entiende que cada soberano renuncia al ejercicio de una parte de esa jurisdicción territorial plena y exclusiva de la que se ha dicho que es un atributo de todas las naciones”³

La igualdad soberana de los Estados, he aquí la respuesta del Juez Marshall para sostener la imposibilidad de que los tribunales de un Estado pudieran enjuiciar los actos de un poder público extranjero; y adviértase que se trataba de la reclamación de unos

² Cuarto presidente del Tribunal Supremo de los EEUU -el primero había sido el también célebre jurista John Jay- es conocido como el “Padre de la constitucionalidad”, en razón de su inmensa obra judicial en pos de la conformación del sistema jurídico de los EEUU (*vid. infra*, n. 3).

³ “This perfect equality and absolute independence of sovereigns, and this common interest impelling them to mutual intercourse, and an interchange of good offices with each other, have given rise to a class of cases in which every sovereign is understood to waive the exercise of a part of that complete exclusive territorial jurisdiction which has been stated to be the attribute of every nation.” (U.S. Supreme Court, *The Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 7 Cranch 116 116 (1812), *The Exchange v. McFaddon* 11 U.S. (7 Cranch) pp. 116 y ss., en p. 137 (accesible en <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/116/case.html> > consultado el 12-06-2017. La traducción procede de CASANOVAS I LA ROSA, O., “La inmunidad del Estado”, en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, 16ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 314). En su fallo, el Juez Marshall concluía: “If the preceding reasoning be correct, the *Exchange*, being a public armed ship in the service of a foreign sovereign with whom the government of the United States is at peace, and having entered an American port open for her reception on the terms on which ships of war are generally permitted to enter the ports of a friendly power, must be considered as having come into the American territory under an implied promise that while necessarily within it and demeaning herself in a friendly manner, she should be exempt from the jurisdiction of the country.” (*Ibid.*, p. 147). De todos es conocido que la amplia trayectoria de J. Marshall (1801-1835) en la presidencia de la *Supreme Court* marcó de forma indeleble la conformación del Derecho público de los EEUU, siendo además el padre de nociones tales como la supremacía normativa de la Constitución (federal) -en la célebre decisión *Marbury v. Madison* (1803), 5 U.S. pp. 137 y ss.- o la doctrina de los poderes implícitos (*implied powers*) acuñada a propósito de la creación de un remoto antecedente del actual Banco central (*FED*) -en la bien conocida *McCulloch v. Maryland* (1819), 17 U.S. pp. 316 y ss., p. 406)- que han marcado, respectivamente, la evolución del Derecho constitucional y el Derecho internacional público. Sobre el particular *vid.* BELTRÁN DE FELIPE, M., GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2006, p. 93-138.

nacionales estadounidenses que exigían la devolución del buque de su propiedad que les había sido confiscado por la Francia napoleónica para reforzar su guerra naval contra Inglaterra.

Pues bien, esta solución –que consagraba en el caso la desatención de los intereses de sus propios ciudadanos en favor de un Estado extranjero- el gran jurista no la extraía del coetáneo principio del Derecho inglés -cimentado en una caracterización absolutista del poder- conforme a la cual “*The King can do not wrong*”, sino del consentimiento (*consensus ad ídem*) de los Estados, a la práctica por ellos desarrollada y esclarecido por la opinión de los más eximios juristas de la época⁴. Un procedimiento riguroso de análisis que en ejercicio de una “profesión de fe metodológica” seguimos observando los juristas -forjados en la Escuela creada por el recordado Profesor Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y cuyo “fuego sagrado de su magisterio” mantiene vivo en la Universidad de Oviedo, nuestra maestra la Profesora Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA⁵- pues creemos que es en la práctica de los Estados -en su “conducta”

⁴ E. de Vattel -(1714-1767) autor del renombrado tratado *Le Droit des Gens* (Londres, 1758) y uno de cuyos ejemplares obra en poder de la Universidad de Oviedo- y C. Bynkershoek (1673-1743) en el caso citado (Cf. respectivamente, pp. 143 y 145, *id. loc. cit.*). De la vigencia del pensamiento del primero en EEUU da prueba el hecho de que su Departamento de Defensa (Cf. *Law War Manual*, Washington DC, 2015), sigue considerándolo como autoridad en la materia. En el análisis de la práctica Marshall advierte la existencia de algún precedente contradictorio -la confiscación de unos buques españoles por la República de las Provincias Unidas en el siglo XVII *apud* Bynkershoek- que minimiza dado su carácter aislado (*id. loc. cit.*, p. 145). El pensamiento de Marshall en este punto -netamente voluntarista- se reafirmará en otra posterior y célebre decisión, *The Antelope* (1825), 23 U.S. pp. 66 y ss. (accesible en <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/23/66/case.html>> consultado el 12-06-2017). En ella afirmará -a propósito del controvertido (en la época) tráfico de esclavos- que “However abhorrent this traffic may be to a mind whose original feelings are not blunted by familiarity with the practice, it has been sanctioned in modern times by the laws of all nations who possess distant colonies, each of whom has engaged in it as a common commercial business which no other could rightfully interrupt. It has claimed all the sanction which could be derived from long usage and general acquiescence. That trade could not be considered as contrary to the law of nations which was authorized and protected by the laws of all commercial nations, the right to carry on which was claimed by each and allowed by each” (*id. loc. cit.*, p. 115), concluyendo que “That it is contrary to the law of nature will scarcely be denied. That every man has a natural right to the fruits of his own labor is generally admitted, and that no other person can rightfully deprive him of those fruits and appropriate them against his will seems to be the necessary result of this admission. But from the earliest times, war has existed, and war confers rights in which all have acquiesced. Among the most enlightened nations of antiquity, one of these was that the victor might enslave the vanquished. This, which was the usage of all, could not be pronounced repugnant to the law of nations, which is certainly to be tried by the test of general usage. That which has received the assent of all must be the law of all... Whatever might be the answer of a moralist to this question, a jurist must search for its legal solution in those principles of action which are sanctioned by the usages, the national acts, and the general assent of that portion of the world of which he considers himself as a part and to whose law the appeal is made. If we resort to this standard as the test of international law, the question, as has already been observed, is decided in favor of the legality of the trade. Both Europe and America embarked in it, and for nearly two centuries it was carried on without opposition and without censure. A jurist could not say that a practice thus supported was illegal and that those engaged in it might be punished either personally or by deprivation of property” (*Ibid.*, pp. 120-122).

⁵ En palabras de FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “La aportación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al progreso del Derecho internacional”, en S.M. CORONAS GONZÁLEZ (coord.), *Historia de la Facultad de Derecho (1608-2008)*, 1ª ed, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2010, p. 569.

antes que en sus “palabras”- donde debe de indagarse la sustancia del Derecho internacional⁶.

2.- LA CONFORMACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN

Tal como se desprende de las afirmaciones del Juez Marshall la noción de inmunidad está estrechamente asociada a la de la soberanía del Estado. Precisamente porque el Estado es soberano -esto es “*a superiore non recognoscente*”- no cabe admitir que ningún otro poder y obviamente el de otro Estado pueda adoptar acto alguno contra él en el marco de las relaciones pacíficas; de ahí la afirmación, “*par in parem imperium non habet*”, en la que se ha fundamentado tradicionalmente la noción de inmunidad. Esta estrecha asociación explica que inicialmente ésta se predicara sólo del Estado y su personificación –el Jefe del Estado- así como de los agentes diplomáticos que actuaban como *alter ego* de aquél. Bien es verdad, que la inmunidad de estos últimos se ha dotado de progresiva autonomía en cuanto a sus perfiles al conformarse el Derecho diplomático y consular a partir de comienzos del siglo XIX, lo que no empece para que subsistan en él -aún hoy en día- algunos rasgos propios de sus orígenes: v. *gra.* la inmunidad (e inviolabilidad) absoluta de los agentes diplomáticos, recordada por la CIJ en el conocido asunto del *Personal diplomático y consular de los EEUU en Teherán*⁷.

El devenir posterior de la institución de la inmunidad se caracteriza, de un lado, por su progresiva “complejificación” fruto de la intensificación de las relaciones internacionales a lo largo del siglo XIX –esa globalización *avant la lettre* que bosquejaban con acierto K. MARX y F. ENGELS en su *Manifiesto comunista*- así como, de otro, de su mistificación por efecto de la progresiva asunción por el Estado de nuevas funciones –fundamentalmente en el ámbito económico-; devenir hipostasiado en los Estados totalitarios –particularmente en los de matriz comunista merced a la titularidad pública de los medios de producción. De lo primero es ejemplo la emergencia de un Derecho de las inmunidades referido ya no sólo al Estado y sus bienes, sino a sus autoridades y agentes, así como a los nuevos sujetos del Derecho

⁶ Las referencias entrecomilladas proceden sucesivamente de COMBACAU, J., ALLAND, D., JEANCOLAS, C., *Droit international public*, París, PUF, 1987, p. 11 y LADREIT DE LACHARRIÈRE, G., “La réglementation du recours à la force : les mots et les conduites », en *Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes. Méthodes d’analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 347-362. En plena sintonía con este planteamiento, nuestros maestros sostenían hace ya muchos años que es “en la práctica internacional... donde puede comprobarse la grandeza” del Derecho internacional y “también claro está su miseria” (Cf. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Prólogo”, en *Materiales de prácticas de Derecho internacional público*, 1ª ed., Madrid, Tecnos, 1987, p. 21).

⁷ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Provisional Measures, Order of 15 December 1979, *ICJ Reports 1979*, p. 19, para. 38; *id.*, Judgement, *ICJ Reports 1980*, p. 42, para. 91. Las violaciones de esta regla fueron analizadas en su día por ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La crisis de la inviolabilidad de las misiones diplomáticas. Una perspectiva estructural de análisis”, *REI*, vol. 2, 1981, pp. 261-303”, destacando que no ponían realmente en cuestión su vigencia. En todo caso su vigor actual es incuestionable tal como recordaba la *US Court of Appeals*, 2nd Circuit, en su decisión *Tachiona v. US*, F.3d 205 (2004), p. 21, y como más recientemente puso de manifiesto el incidente diplomático italo-indio en el asunto *Enrica Lexie*, a raíz de una providencia de 14 de marzo de 2013 del TS de la India que desconocía la inmunidad del Embajador italiano en Delhi. Al respecto *vid.* TALMON, S., “The (not so) ‘Sacred’ Word of an Italian Ambassador and Diplomatic Immunity for Contempt of Court”, *Indian JIL*, vol. 54, 2014, pp. 1-35.

internacional –señaladamente, las organizaciones internacionales⁸; proceso que sólo los esfuerzos de codificación y desarrollo progresivo de nuestro sistema jurídico han -a duras penas- logrado clarificar, deslindando sus diferentes componentes. Y es que como advirtiera lúcida y tempranamente, nuestro predecesor -y también maestro en la literaria ovetense- el Profesor Luis I. SÁNCHEZ RODRIGUEZ -prematuramente desaparecido- en su seminal trabajo sobre las inmunidades estatales, éstas conforman una realidad multiforme y compleja, a la manera de “figuras proyectadas en distintos espejos a partir de un objeto único”⁹.

De lo segundo es muestra el proceso de la ampliación de la noción de inmunidad para abarcar toda suerte de actividades estatales en consonancia con la apuntada evolución de sus funciones al hilo del triunfo del comunismo y del *crack* de 1929 que obligaron a los Estados –también a los liberales- a introducir fórmulas de control –e incluso titularidad- estatal en el ámbito económico en aras de la paz social. Es cierto, no obstante, que este último proceso se ha visto superado, primero merced a la emergencia y consolidación de la capital distinción entre los *acta iure imperii* y los *acta iure gestionis*; luego merced a la paulatina desaparición de aquellas manifestaciones del intervencionismo estatal en el orden económico.

En todo caso, conviene advertir que el desarrollo y las transformaciones del Derecho de las inmunidades ha discurrido tradicionalmente por los cauces del Derecho internacional consuetudinario -la costumbre internacional- jugando en su conformación un papel decisivo los Jueces y Tribunales de los diferentes Estados, en sus distintos órdenes, los cuales con sus decisiones, proclives o reacias a reconocer las inmunidades invocadas por los Estados extranjeros, han ido estableciendo los precedentes que han cimentado la práctica en la materia; práctica que obviamente traslucía la convicción (*opinio iuris sive necessitatis*) de que esas eran las reglas a observar en tales situaciones. Una muestra de la excepcional vitalidad que la vertiente consuetudinaria del Derecho internacional ha poseído -y posee aún- en este ordenamiento.

⁸ El fenómeno de las organizaciones internacionales -sobre el que volveremos- ha propiciado a su vez una multiplicación de los desarrollos en materia de inmunidades, pues no hablamos sólo de las referidas a la propia organización sino a sus agentes, funcionarios o expertos. En relación con esto último ya la opinión consultiva de la CIJ de 29 de abril de 1999, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme (CIJ Recueil 1999)* hubo de incidir en el tema y más recientemente la cuestión ha cobrado actualidad con ocasión de la detención del Juez miembro del mecanismo residual de Naciones Unidas para los Tribunales penales internacionales, Aydin Sefa Akay, por las autoridades turcas en la “purga” posterior al fallido golpe de Estado de julio de 2016, con la consiguiente violación de su inmunidad. Cfr. WECKEL, Ph., “Affaire Aydin Sefa Akay: La détention d'un juge international et la question de l'immunité”, *Sentinelle*, 3 de noviembre de 2016.

⁹ En su fundamental contribución *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles*, Madrid, Civitas, 1990, escrita cuando el tema abandonaba -en sus propias palabras- “la paz del limbo” en el que se hallara relegado hasta entonces (p. 168) y en la cual, tal como se ha destacado, premonitoriamente, rechazaba “todo concepto hermético o absoluto de las inmunidades” pues advertía que los límites a éstas cobrarían “progresivamente un carácter expansivo” (*Ibid.*, p. 28; cit. en JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Contramedidas colectivas, responsabilidad de proteger e inmunidades estatales: visiones caleidoscópicas del Derecho internacional”, en *El Derecho internacional en el mundo multipolar del Siglo XXI. Obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, (S. Torres Bernárdez, J.C. Fernández Rozas, C. Fernández de Casadevante Romani, J. Quel López y A.G. López Martín, coords.), Iprolex, Madrid 2013, p. 263).

3.- LA “CODIFICACION” DEL DERECHO DE LAS INMUNIDADES: LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Ahora bien, los sustanciales cambios producidos en la materia -de los que nos hacíamos eco anteriormente- hicieron evidente la necesidad de determinar y formular con claridad las reglas generalmente aceptadas en un ámbito de indudable importancia para la comunidad internacional. De ahí, la conveniencia de abordar su codificación y desarrollo progresivo, asumiendo un papel decisivo -de conformidad con las previsiones (art. 13) de la Carta de las Naciones- la Asamblea General con el concurso de su organismo codificador, la Comisión de Derecho Internacional (CDI).

El resultado se plasmó en un proyecto de artículos -aprobado por la CDI en segunda lectura en 1991- que tras no pocas dilaciones¹⁰- se concretó en la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2 de diciembre de 2004¹¹; texto que pese al tiempo transcurrido desde su adopción aún no se halla en vigor, y no sólo eso: afirma el Preámbulo de nuestra Ley Orgánica 16/2015 que tardará en estarlo¹².

¿Cuáles son las razones para ello? Sin ánimo, de extendernos, señalemos, no obstante, algunos factores que pueden ofrecer luz sobre el tema. De un lado, las deficiencias inherentes al proceso de codificación y desarrollo progresivo en el ámbito del Derecho internacional. En este punto conviene señalar que los procedimientos codificadores vienen cosechando sucesivos fracasos puestos de manifiesto bien en la no

¹⁰ En concreto el desacuerdo inicialmente existente en el seno de la VI Comisión -reducido a cinco temas sustantivos, incluido el relativo al criterio de la naturaleza o el fin del acto, y recogidos en el documento sometido por el Presidente del Grupo de Trabajo, G. Hafner (Cfr. *Doc. NU, A/C.6/55/L.12*, 10 de noviembre de 2000; accesible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N00/743/86/PDF/N0074386.pdf?OpenElement>> consultado el 9 de septiembre de 2017)- impidió el que esta recomendará su adopción a la AG hasta que se solventaron aquéllos en marzo de 2004. Al respecto *vid.* ESPOSITO, C., “Desarrollos normativos recientes en el proceso de codificación de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, en Z. Drnas de Clément (ed.), *Libro Homenaje al Profesor Ernesto Rey Caro*, Córdoba (Argentina), Lerner Editores, 2002, pp. 331 y ss.

¹¹ *Doc NU A/59/508*, 30 de noviembre de 2004. Son frecuentes las referencias cronológicas al texto como Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 17 de enero de 2005, datándola en la fecha en la de apertura a la firma del texto, en lugar de la de adopción del texto por la AG.

¹² “Pero esta Convención, abierta a la firma en Nueva York el 17 de enero de 2005, no ha entrado aún en vigor ni es probable que lo haga en un futuro inmediato” (Cf. LO 16/2015, de 27 de octubre, 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, *BOE*, núm. 258, de 28 de octubre de 2015). La afirmación puede resultar excesiva si se tiene presente el número de Estados contratantes requeridos para su entrada en vigor *apud* art. 30.1 de la Convención -30- y la evolución experimentada en relación con la firma y ulterior manifestación del consentimiento en obligarse por texto por parte de los Estados miembros de Naciones Unidas. Firmada hasta el 17 de enero de 2007 -fecha límite- por 28 Estados, la misma ha sido ratificada (o aceptada o aprobada) por 14 de ellos, en tanto que 7 Estados que no la firmaron (entre ellos, España) se adhirieron a ella con posterioridad. Siendo en la actualidad 21 los Estados contratantes y ya no los 17 que se mencionan -el último (Eslovaquia) desde el 29 de diciembre de 2015 (ese año fueron 5 los Estados que devinieron contratantes)- aparentemente cuesta entender la rotundidad de lo afirmado allí. Cosa distinta es el valor que poseería -aún de entrar en vigor- como expresión del Derecho internacional generalmente aceptado en razón de la afinidad perceptible entre los Estados contratantes: 14 son Estados europeos (y 5 de los firmantes también), lo que no es óbice para advertir entre ellos ciertas líneas de fractura perceptibles precisamente en el tema que nos ha de ocupar en este trabajo (*vid. infra*).

entrada en vigor, bien en el apoyo insignificante a numerosos textos elaborados por la CDI: el caso de la sucesión de Estados -del que se hacen eco las disposiciones de la suspendida Ley de transitoriedad catalana¹³- es paradigmático¹⁴.

De otro lado, cuestiones derivadas del propio texto convencional. Dentro de ellas, destaca un elemento -muy relevante a nuestro juicio- cifrado en la propia noción de inmunidad que incorporan sus disposiciones, conformada con arreglo a unos criterios que ofrecen una caracterización restrictiva de la inmunidad, “pero menos”. Nos referimos al hecho de que la ya apuntada dicotomía “*acta iure imperii-acta iure gestionis*” puede sustentarse sobre dos criterios: la naturaleza o el fin del acto del Estado. En el primer caso, nos hallamos ante una caracterización objetiva, de suerte que toda actividad susceptible de ser realizada por un particular entra dentro de la categoría de los “*acta iure gestionis*”, deparando la consiguiente exclusión de la inmunidad. La acogida del segundo criterio -la finalidad del acto- en cambio, permite atraer hacia el ámbito del poder público -los “*acta iure imperii*”- todas las actividades ordenadas en último término a satisfacer un objetivo consustancial al Estado. Un ejemplo bien conocido lo ofrecía una célebre decisión judicial francesa del siglo XIX, dictada por la Sala de lo Civil de la *Cour de Cassation*, en el asunto *Gouvernement espagnol c. Casaux*, en la que se había aceptado la inmunidad de nuestro Estado en relación con un contrato de compraventa de botas destinada a equipar al ejército, dado que la inequívoca naturaleza comercial del acto no impedía advertir que su finalidad última era contribuir al objetivo de la defensa nacional¹⁵.

Pues bien, la Convención de Nueva York ha optado por una solución que conjuga ambos criterios -naturaleza y finalidad del acto- a la hora de determinar los ámbitos cubiertos por la inmunidad; una solución no compartida por significativos Estados proclives a una caracterización objetiva -la naturaleza del acto- y por ende más restrictiva de la misma.

Finalmente, una última cuestión que explica la evidente lasitud de los Estados a la hora de comprometerse por el texto convencional se cifra en el carácter marcadamente conservador del tratado, difícilmente aceptable para aquéllos cuyas jurisdicciones confieren especial relieve a la protección de los derechos

¹³ Al respecto *vid.* arts. 15 (continuidad de los tratados), 20 (sucesión en los “derechos reales”) y 82 (continuidad en los derechos y obligaciones financieros) de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de Transitoriedad jurídica y Fundacional de la República, *DOGC* núm. 7451A, de 8 de septiembre de 2017.

¹⁴ Se trata de las Convenciones de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados, de 23 de agosto de 1978, y sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, de 8 de abril de 1978. En ninguna de ellas ha participado nuestro país y sólo la primera está en vigor merced a las laxas previsiones de su art. 49 al requerir el depósito de tan sólo 15 instrumentos de ratificación o adhesión, obligando en la actualidad a 22 Estados. La segunda, firmada por 7 Estados –que no han culminado el proceso de celebración- y a la que se han adherido otros 7 distintos a los anteriores, ni siquiera ha logrado entrar en vigor, pese a las generosas previsiones establecidas en su art. 50, que también exige el depósito de 15 instrumentos.

¹⁵ Sentencia de 22 de enero de 1849, *Recueil Général Sirey*, 1849, I-81, *cit.* en CDI, Cuarto Informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Relator Especial, Sr. Sompong Sucharitkul, (Doc. A/CN.4/357, de 31 de marzo de 1982), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1982, vol. II, parte 1, p. 215, para. 62 (accesible en <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1982_v2_p1.pdf> consultado el 10 de septiembre de 2017).

fundamentales¹⁶. Y es que el texto no prevé excepción alguna en materia de inmunidad en relación con los actos del Estado constitutivos de graves violaciones de los derechos humanos (la conocida como “excepción derechos humanos”), atentatorios contra normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) y susceptibles de constituir crímenes internacionales.

En relación con ello ha de advertirse que el Proyecto de la CDI había prescindido de abordarla. Sin embargo, el tema afloró en los trabajos posteriores desarrollados en el seno de la VI Comisión (asuntos jurídicos) de la Asamblea General, con miras a impulsar la conclusión de la futura Convención. En concreto, en el segundo grupo de trabajo creado allí en 1998 para desbloquear el tema, se suscitó la cuestión de la evolución advertida en la práctica internacional acerca de la relación entre las inmunidades soberanas de los Estados y su deber de respetar las normas de *ius cogens*, en particular la referida a la prohibición de la tortura, señalándolo a la atención de la Asamblea General¹⁷. No obstante, se hizo evidente que la Asamblea no estaba por considerar la cuestión, lo que resulta comprensible si -como era el caso- se trataba de impulsar la pronta conclusión de la Convención. De hecho, y discúlpese la digresión, el tema del *ius cogens* -esto es, las normas imperativas del Derecho internacional- es uno de los más arduos y más conflictivos de nuestro sistema jurídico. Ya la Conferencia de Viena de 1968-1969 sobre Derecho de los Tratados optó por una solución elusiva para enfrentar la cuestión -concretada en los arts. 53, 64 y 66 de la ulterior Convención de Viena de 23 de mayo de 1969- sin que la misma haya conseguido siquiera concitar el respaldo de algunos significativos Estados: no hablamos aquí de los EEUU; véase si no el caso de la “humanitaria” República Francesa¹⁸.

Así las cosas, un año más tarde el mismo Grupo de Trabajo remitía un nuevo documento en el que la cuestión desaparecía definitivamente de su agenda, acordando centrarse exclusivamente en cinco cuestiones y sólo ellas con miras a desbloquear definitivamente las labores tendentes a ultimar el texto convencional¹⁹. Como resultado, tal y como destacara el Prof. C. ESPOSITO MASSICCI, participante en las reuniones que tuvieron lugar entre 2002 y 2004 en el seno de la VI Comisión, los Estados acordaron de forma implícita dejar la cuestión al margen de la futura Convención²⁰. Un silencio que conforme al adagio no supone sino que “*qui tacet non utique fatetur*”.

¹⁶ Cf. PINGEL, I., « Observations sur la Convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et leurs biens », *JDI*, Vol. 132, 2005, núm. 4, p. 1054. Extendiéndose en esta visión sumamente crítica de la Convención, *vid.* FERNÁNDEZ TOMÁS, A., SÁNCHEZ LEGIDO, A., ORTEGA TEROL, J.M., Y FORCADA BARONA, I., *Curso de Derecho internacional público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 86-96. En cambio, una acerada defensa del texto convencional puede advertirse en FOX, H., “In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important”, *ICLQ*, Vol. 55, 2006, núm. 2, pp. 399-406.

¹⁷ Cf. Informe de la CDI sobre la labor realizada en su quincuagésimo primer período de sesiones, *Anuario CDI*, 1999, vol. II, Segunda parte, pp. 158-183.

¹⁸ Así como los primeros han firmado -aunque no han ratificado- tanto la Convención de 1969, como la sustancialmente semejante de 21 de marzo de 1986 relativa a los tratados concertados entre Estados y OIs o entre éstas, Francia no ha firmado siquiera ni una ni otra en razón de su oposición al concepto de *ius cogens*. Bien es verdad, que al menos la jurisprudencia francesa parece hoy admitirlo. Al respecto *vid. infra*, n. 40.

¹⁹ Cf. Informe del Presidente del Grupo de Trabajo, A/C.6/55/L.12, 10 de noviembre de 2000.

²⁰ ESPOSITO, “El *ius cogens* y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia”, en *El Derecho internacional en el mundo multipolar...*, *cit.*, p. 341.

4.- LAS IMPLICACIONES DE LAS RELACIONES ESTRUCTURALES DEL DIP CONTEMPORÁNEO: LA CONTESTACIÓN DEL DERECHO VIGENTE

Como señalara, con indiscutible autoridad la Profa. Lady Hazel FOX, en una comunidad internacional basada en la igualdad e independencia de los Estados que ejercen en su respectivo territorio poderes soberanos exclusivos y respetan el principio de no intervención en los asuntos inherentes a la competencia doméstica de los demás Estados, la inmunidad constituye un útil instrumento para conciliar ambos aspectos pues preserva la competencia para administrar y gestionar los servicios públicos de un Estado evitando las injerencias de otros Estados y de sus Tribunales²¹.

Ahora bien, esa visión es deudora de un modelo “*westfaliano*” clásico, ante al cual se sitúa su avatar -el orden liberal actualmente vigente- y frente al que emerge en los últimos tiempos “un nuevo modelo de orden internacional” -un proyecto cosmopolita aún en ciernes, bien es cierto- caracterizado por “la adopción de una agenda de defensa de los derechos humanos”, al que los politólogos, propicios a la acuñación de ingeniosas denominaciones, gustan de denominar “*worldfaliano*”²². Con todo, este nuevo modelo ha deparado ya resultados que han introducido modificaciones en el sistema jurídico internacional actualmente vigente. En tal sentido, como recientemente ha recordado el Prof. A. PELLET a propósito de su incidencia en el sector de la responsabilidad internacional de los Estados:

“esta nueva aproximación pone de manifiesto la existencia de una comunidad de valores ausentes en el pasado, o de los que al menos no se presumía su existencia. En la sociedad *Westfaliana* de Estados, la responsabilidad era una cuestión bilateral, meramente inter-subjetiva. En cambio, dado que actualmente es posible hablar de una “comunidad” de Estados que posee, *volens nolens*, unos intereses comunes e incluso comparte unos valores comunes, lógicamente, todos los Estados tienen un interés propio en el respeto de las normas jurídicas que reflejan tales intereses y valores”²³

En esta tesitura, abundando en una perspectiva estructural de análisis avanzada en su día por el Prof. Julio GONZÁLEZ CAMPOS desde la Cátedra de Derecho internacional público en la que me honro en participar, la tensión entre la soberanía del Estado y el respeto de los derechos fundamentales - tal como ha destacado el Prof. A. FERNÁNDEZ TOMÁS- está presente en diferentes sectores del ordenamiento jurídico internacional y uno de ellos es el relativo al derecho del particular -víctima de una

²¹ FOX, H., *The Law of the State Immunity*, Oxford, OUP, 2004, p. 24.

²² Cfr. GARCÍA SEGURA, C., “*Westfalia, Worldfalia, Eastfalia*. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional”, *REDI*, vol. 69, 2017, núm. 2, p. 47.

²³ “this new approach is a sign of the existence of a community of values which did not exist in the past or, at least, was not perceived as existing. In the Westphalian society of states, responsibility was a bilateral, purely inter-personal, concern. Inasmuch as it is possible today to speak of a ‘community’ of states *volens nolens* having common interests and even sharing common values, then, very logically, all States have an interest in the respect of legal rules reflecting such interests and values” (Cf. PELLET, A., “Responsibility of States in Cases of Human-rights or Humanitarian-law Violations”, en la obra colectiva *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses. Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, (J. Crawford, A. Koroma, S. Mahmoudi y A. Pellet, eds.), Londres, Brill, 2017, p. 233. La traducción es nuestra).

violación de sus derechos fundamentales- a obtener una reparación frente al derecho del Estado a la inmunidad de jurisdicción²⁴.

Ciertamente, la conciliación entre derechos humanos e inmunidad se revela harto problemática; de hecho, al margen de la cuestión de las graves violaciones de los derechos humanos -sobre las que incidiremos en el curso del presente discurso- el tema está propiciando una evolución normativa en muy diferentes ámbitos e instancias que nos enfrentan a lo que se ha podido calificar como “nuevo dilema de los derechos humanos”²⁵.

En este orden, conviene no olvidar que ya en su momento, nuestro Tribunal Constitucional hubo de enfrentarse a la cuestión, propiciando su conocida jurisprudencia sobre el tema, iniciada con la Sentencia TC 107/1992, de 1 de julio, y confortada en sus posteriores decisiones STC 292/1994, de 27 de octubre, STC 18/1997, de 10 de febrero, y STC 176/2001, de 17 de septiembre, “paliando con su autorizado juicio -tal como sostuvimos en su día- las deficiencias normativas existentes y alineándose con las tesis más progresistas en este ámbito”²⁶. Se trataba -y se trata (pues el tema no ha perdido un ápice de actualidad)- de la posible vulneración del fundamental derecho a la tutela judicial efectiva cuando un litigio opone a un individuo y a un Estado extranjero, supuestamente amparado por la inmunidad. Pues bien, como es sabido nuestro Tribunal Constitucional encaró la cuestión delimitando con precisión el alcance de la inmunidad -concebida siempre en términos restrictivos tanto respecto de la relativa a la jurisdicción como a la de ejecución- e insistiendo en las especiales obligaciones que correspondían a nuestros Jueces y Tribunales a la hora de garantizar la plena ejecución de las sentencias dictadas contra el Estado extranjero, adoptando todas las medidas necesarias para la realización efectiva de los derechos de los particulares (v. *gra.* posibilitando la localización de aquellos bienes de su titularidad susceptibles de embargo), so riesgo de otro modo de vulnerar el apuntado derecho a la tutela judicial.

Debe de advertirse que los problemas que en clave estructural desvela la institución no inciden sólo en la dimensión apuntada; esto es, las relaciones entre Estados e individuos. De hecho, en el sector de las organizaciones internacionales la acogida de una caracterización de la inmunidad -que pese a su naturaleza funcional-

²⁴ FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “Las lesiones a las personas como excepción a la inmunidad de jurisdicción y su aplicación a los actos de las fuerzas armadas: Una crítica a la sentencia de la CIJ en el asunto de las *inmunidades jurisdiccionales del Estado*”, en *El Derecho internacional en el mundo multipolar...*, cit., p. 387.

²⁵ Cf. WEBB, Ph.M., “The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma?”, *EJIL*, vol. 27, 2016, pp. 745-767. El diagnóstico deriva del análisis de la cuestión a propósito de reclamaciones laborales frente a Estados, agentes diplomáticos y organizaciones internacionales en 20 jurisdicciones nacionales distintas.

²⁶ Cf. nuestra Nota a la sentencia del TC 292/1994, *REDI*, vol. XLVII, 1995, núm. 2, p. 271. Para un profuso análisis de esta doctrina -a la que cabría añadir en el ámbito de las inmunidades diplomáticas, la STC 140/1995, de 28 de septiembre- vid. LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Práctica jurisprudencial española en materia de inmunidades internacionales”, en la obra colectiva *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, (Cuadernos de la Escuela Diplomática, número 55), (J. Martín Pérez de Nanclares, ed.), MAAEEC, Madrid, 2016, pp. 117-142, donde se ofrece un exhaustivo panorama de nuestra jurisprudencia constitucional y judicial en la materia. Sobre el indiscutible influjo del Profesor González Campos en la jurisprudencia constitucional en la materia vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “Un tiempo para juzgar: El Derecho internacional público en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1992-2001)”, en Pacis Artes. *Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. I, Derecho internacional público y Derecho comunitario y de la Unión Europea, (L.I. Sánchez Rodríguez, et alii, coords.), Madrid, UAM-Eurolex, 2005, pp. 708-719.

desvela unos tintes “absolutistas” -tal como refrendan hasta ahora las decisiones judiciales (v. *gra.* TEDH)- plantea también graves problemas que no sólo generan indefensión respecto de potenciales reclamantes -con la consiguiente violación del derecho fundamental a la tutela judicial- sino que acentúan la opacidad del estatuto de las OIs en el Derecho internacional contemporáneo²⁷.

Pero es indudable que la cuestión ante todo interpela a aquellos supuestos en los que la inmunidad de jurisdicción del Estado se yergue en presencia de crímenes internacionales en los que se conculcan las normas que protegen valores universales que trascienden el interés individual de los Estados -las normas de *ius cogens*- como sería, entre otros, el caso de la prohibición de la tortura. En tales supuestos parecía evidente la necesidad de un cambio normativo²⁸.

4.1. Tortura e inmunidad: el asunto *Al-Adsani*

Sin embargo, no fue esa la respuesta que ofreció el TEDH en su Sentencia de 21 de noviembre de 2001 (Gran Sala), *Al-Adsani c. Reino Unido*. En ella frente a las alegaciones del demandante, doble nacional británico-kuwaití víctima de torturas por parte de un miembro de la familia *emiral* de Kuwait y que había en vano solicitado una indemnización ante los tribunales británicos -que admiten *a priori* tal posibilidad- el Tribunal de Estrasburgo, desestimó la existencia de una violación atribuible al Reino Unido por supuesta omisión de sus obligaciones conforme a los términos del art. 3 del Convenio, relativo a la prohibición de la tortura, de un lado, afirmando en clave férreamente territorialista y “con sorprendente rotundidad” -como señalara el Prof. A. SÁNCHEZ LEGIDO- que “la obligación del Estado únicamente se aplica en relación con los malos tratos supuestamente cometidos dentro de su jurisdicción”²⁹; de otro,

²⁷ Cf. GRÜTTERS, D.M., “NATO, International Organizations and Functional Immunity”, *International Organizations Law Review*, vol. 13, 2016, pp. 211-254. No es menos cierto, que los Tribunales internos suelen cerciorarse de las condiciones imperantes en materia de arreglo de diferencias en el seno de las OIs antes de reconocer la inmunidad de éstas (Al respecto *vid.* KRYVOI, Y., “Procedural Fairness as a Precondition for Immunity of International Organizations”, *International Organizations Law Review*, vol. 13, 2016, pp. 255-272). Abundando en esta idea, merece destacarse la Sentencia 919/2016 de 4 de noviembre de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª, Rec. 661/2016), ECLI: ES:TSJM:2016:11811, en la que *a fortiori* se descartaba la inmunidad de jurisdicción invocada por la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico (ICCAT), tras advertir que “la normativa de la organización demandada” no contempla la existencia de “un tribunal propiamente jurisdiccional, no administrativo, donde pueda ventilarse el conflicto promovido” (Fdto. Jco. 5º *in fine*). En todo caso las cuestiones relativas a las inmunidades de las organizaciones internacionales no constituyen nuestro objeto de atención. Para un examen de la práctica española en la materia remitimos al exhaustivo análisis de ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Las inmunidades de las organizaciones internacionales. Perspectiva general y española”, en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades...*, *cit.*, pp. 205-231, así como a nuestro precedente comentario “Inadmisión de la inmunidad de jurisdicción en una demanda interpuesta por españoles contra la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura”, *Anuario Español DIPriv*, vol. VIII, 2008, p. 932.

²⁸ Cf. ESPOSITO MASSICCI, C., *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Pamplona, Civitas, 2007, pp. 245-260. Es de justicia mencionar la contribución coetánea de FERRER LLORET, J., “La inmunidad de jurisdicción ante violaciones graves de los derechos humanos”, *REDI*, 2007, núm. 1, pp. 29-63.

²⁹ TEDH, Sentencia *Al-Adsani*, demanda nº 35763/97, ECLI:CE:ECHR:2001:1121JUD003576397, para. 38. Esta traducción del pasaje de la decisión, así como los posteriores, proceden de la esclarecedora contribución de SÁNCHEZ LEGIDO, A., “*Ius cogens*, Inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial:

encastillándose en el principio de inmunidad de jurisdicción. En este caso, el Tribunal advirtiéndole la existencia de límites al ejercicio de una acción judicial en presencia de tal institución, reconocía pues la existencia de un fin legítimo -para lo que recordaba la célebre decisión del Juez Marshall con la que iniciábamos esta intervención- que además resultaba proporcionado en su aplicación dado que:

“las medidas adoptadas por una Alta Parte Contratante que reflejan las reglas de derecho internacional público generalmente reconocidas en materia de inmunidad estatal no pueden en principio ser consideradas como una restricción desproporcionada al derecho de acceso a un tribunal consagrado en el art. 6.1 del Convenio”³⁰

En este contexto, y frente a las alegaciones de la defensa del Sr. Al-Adsani, que sostenía que el carácter de *ius cogens* de la norma que prohíbe la tortura haría prevalecer esta regla sobre la relativa a la inmunidad de los Estados, concluía el Tribunal de Estrasburgo:

“...el Tribunal no considera probado que ya esté admitido en derecho internacional que los Estados no puedan pretender la inmunidad en caso de acciones civiles de indemnización de daños por actos de tortura supuestamente cometidos fuera del Estado del foro”³¹.

La prudente aseveración del Tribunal, sin embargo, iba a verse de nuevo puesta a prueba en un nuevo asunto. En este caso, sin embargo, asistimos a una saga judicial que arranca en Grecia y va a involucrar en su decurso a diferentes jurisdicciones europeas -incluidos los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo- para recalar finalmente ante la “Corte mundial” -como gustan llamarla los autores estadounidenses- esto es, la Corte Internacional de Justicia.

4.2. Crímenes de guerra e inmunidad: los “casos griegos” ante las jurisdicciones europeas.

El primer hito de estos desarrollos lo constituye la Decisión del TEDH sobre admisibilidad de 12 de diciembre de 2002, *Kalogeropoulou y otros c. Grecia y Alemania*, sometida por más de 2 centenares de ciudadanos griegos que reclamaban a este Estado la satisfacción de una indemnización, reconocida por sus propios Tribunales respecto de los crímenes de guerra -en concreto, las masacres de Kalavrita y Distomo en diciembre de 1943 y junio de 1944, respectivamente- cometidos por Alemania en aquel Estado en el curso de los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial. En ella, de nuevo afloraba -al menos implícitamente- la tesis de la prevalencia del *ius cogens* sobre la regla de la inmunidad de jurisdicción, frente a la cual de nuevo el Tribunal reiteraba los argumentos expuestos en su -entonces- reciente pronunciamiento en el asunto *Al-Adsani*, advirtiéndole que:

el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *REDI*, vol. LIII, 2001, pp. 320, 323 y 328.

³⁰ *Ibid.*, para. 56.

³¹ *Ibid.*, para. 66.

“no se le podría por consiguiente exigir al Gobierno Griego que desconociera en contra de su voluntad la regla de la inmunidad de los Estados. Lo cual es al menos cierto en la situación actual del derecho internacional público, tal como el Tribunal ha advertido en el asunto *Al-Adsani* previamente citado, *lo que no excluye futuros desarrollos del derecho internacional consuetudinario*”³²

En resumen, con su intervención en este caso, la jurisprudencia del TEDH no ha podido revelarse más insatisfactoria. Se ha hablado, acertadamente, de una “interpretación clásica del Derecho internacional en materia de inmunidades”, precisada de una revisión a la luz de la evolución experimentada por el Derecho internacional³³; máxime -añadimos nosotros- si se tiene en cuenta la propia trayectoria del Tribunal en cuestiones linderas con las aquí examinadas, tales como las relativas a la aplicación extraterritorial del propio Convenio europeo a los actos militares de los Estados partes³⁴.

La cuestión, sin embargo, no se detuvo aquí. Estos y otros litigantes presentaron demandas ante los Tribunales griegos, en el curso de las cuales y al amparo de la aplicación del entonces Convenio -y hoy Reglamento- de Bruselas de 1968 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil, venía llamado a intervenir -en el marco del procedimiento prejudicial allí establecido- el Tribunal de Justicia -de la hoy Unión Europea. En sus conclusiones el Abogado General -el desaparecido, Dámaso Ruiz-Jarabo- descartaba la naturaleza civil -pese a las apariencias- de las pretensiones esgrimidas por los recurrentes, cerrando el paso a la consideración ulterior de la cuestión de la eventual operatividad de la inmunidad estatal, sobre la cual, no obstante -apuntaba - para el caso de que el Tribunal decidiera entrar a conocer que:

“La inmunidad jurisdiccional estatal se sitúa, por tanto, en un plano anterior al del Convenio de Bruselas, pues, si no cabe la llamada al proceso, carece de interés saber el órgano judicial encargado de conocer la demanda. Además, excede de las atribuciones del Tribunal de Justicia el examen de la concurrencia de la inmunidad en el supuesto de autos y sus implicaciones con los derechos humanos.”³⁵

Finalmente, el Tribunal, en su Sentencia de 15 de febrero de 2007, *Lechouritou*, siguiendo en este punto los planteamientos de su Abogado General, respondía

³² Decisión *Kalogeropoulou*, demanda nº 59021/00, ECLI:CE:ECHR:2002:1212DEC005902100, p. 10. Texto accesible -en francés e inglés- en <file:///C:/Users/Powerot/Downloads/001-44427.pdf > consultado el 15 de septiembre de 2017. La traducción -y las cursivas- son nuestras.

³³ MILANO, L., “Les immunités issues du Droit international dans la jurisprudence européenne”, *Rev. Trim. dr. h.*, núm. 76, 2008, p. 1061. Lamentablemente, el Tribunal no ha se ha desasido de este planteamiento en su más reciente jurisprudencia. Al respecto *vid.* Sentencia de 16 de junio de 2009, *Grosz c. Francia*, demanda nº 14717/06, ECLI:CE:ECHR:2009:0616DEC001471706, y Sentencia de 14 de enero de 2014, *Jones y otros c. Reino Unido*, demandas nos. 34356/06 y 40528/06, ECLI:CE:ECHR:2014:0114JUD003435606.

³⁴ Nos referimos a la progresiva jurisprudencia relativa a la aplicación extraterritorial del Convenio donde el TEDH no ha dudado en enjuiciar a la luz de las disposiciones de aquel, actos de los Estados partes característicos del *ius imperii* por antonomasia, los actos de sus fuerzas armadas. Al respecto *vid.* nuestra aportación “¿Enterrando a *Bankovic*? La eficacia extraterritorial del Convenio Europeo a la luz de la Sentencia TEDH (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2014 en el asunto *Jaloud c. Países Bajos*”, *REDI*, vol. 67, 2015, núm. 1, pp. 312-317.

³⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 8 de noviembre de 2006, asunto C-292/05, ECLI:EU:C:2006:700, para. 78.

negativamente a la cuestión prejudicial planteada y descartaba entrar a conocer de la relativa a la inmunidad de jurisdicción. En concreto, advertía que:

“el hecho de que el demandado actúe sobre la base de una pretensión que se basa en un acto de poder público basta para que su acción, con independencia de la naturaleza del procedimiento de que disponga al efecto con arreglo al Derecho nacional, se considere excluida del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas”³⁶

Por otra parte, con miras a confortar su decisión, dado que el meritado Convenio no ofrecía precisiones sobre el carácter de los actos excluidos, se permitía recordar que:

“en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, el Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143, p. 15), que dispone asimismo en su artículo 2, apartado 1, que se aplica «en materia civil y mercantil», precisa en esa misma disposición que «no incluirá [...] los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*“acta iure imperii”*)», sin realizar a este respecto ninguna distinción en función de que dichas acciones u omisiones tengan o no naturaleza legal...”³⁷

En suma, una supuesta evolución del Derecho internacional en la materia era descartada por el Tribunal de Justicia, con independencia de que -como apuntara el Abogado General Ruiz-Jarabo- las cuestiones relativas a la conciliación entre inmunidad de jurisdicción y derechos humanos pudieran quedar *entonces* -por comprensibles razones competenciales- al margen del quehacer del Tribunal de Luxemburgo³⁸.

4.3. La sentencia de 2012 de la CIJ en el asunto de las Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia (interviniente))

No obstante, el periplo de los “casos griegos” conducirá por efecto del conocido fenómeno del *forum shopping* a la presentación de sus demandas ante los Tribunales italianos, concurriendo con otras presentadas por nacionales de ese país. Obteniendo todas ellas decisiones favorables de los órganos jurisdiccionales -genéricamente

³⁶ Sentencia TJ (Sala Segunda) de 15 de febrero de 2007, *Lechouritou y otros y Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, asunto C-292/05, ECLI:EU:C:2007:102, para. 41.

³⁷ *Ibid.*, para. 45.

³⁸ Subrayamos el dato temporal pues es obvio que la cuestión competencial se ha visto modificada sobremanera tras el Tratado de Lisboa y la “constitucionalización” a nivel de la UE de la Carta de derechos fundamentales. En todo caso, sobre la decisión -y por ceñirnos en exclusiva a la doctrina española- *vid.* ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Reparaciones de guerra, actos *iure imperii* y Convenio de Bruselas: A propósito de la STJCE de 15 de febrero de 2007 en el asunto *Lechouritou y otros c. República Federal de Alemania*”, *La Ley*, núm. 3, 2007, pp. 1958-1962; BORRÁS RODRÍGUEZ A., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “La inmunidad de ejecución de los Estados y sus bienes: en torno a la STJCE de 15 de febrero de 2007 (Asunto C-292/05, *Lechouritou*)”, *REDE*, núm. 23, 2007, pp. 421-436; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Inmunidades jurisdiccionales de los Estados, normas comunitarias y derechos humanos”, *CEBDI*, vol. XI/XII, 2007/2008, pp. 37-54; REQUEJO ISIDRO, M., “Las instituciones comunitarias ante las reclamaciones civiles por violaciones graves de derechos humanos frente al Estado”, *REDI*, vol. 59, 2007, núm. 1, pp. 153-174.

conocidas como “jurisprudencia *Ferrini*”- ello moverá a Alemania a presentar una demanda contra Italia ante la Corte Internacional de Justicia, resuelta -¿finalmente?- por la Sentencia de 3 de febrero de 2012, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia. Grecia, interviniente)*), donde se rechaza la existencia de una supuesta excepción a la inmunidad asociada con los derechos humanos, al señalar que:

“incluso de admitir que en las acciones entabladas ante las jurisdicciones italianas se planteaba la violación de normas de *ius cogens*, la aplicación del derecho internacional consuetudinario relativo a la inmunidad de los Estados no se vería afectada”³⁹

Ciertamente, la posición del Tribunal se cimentaba en el examen -en apariencia- pormenorizado de la práctica existente⁴⁰, sustentada en un voto abrumador en favor de la decisión⁴¹, aunque sus argumentos han distado de convencer⁴².

Eppur si muove, la frase apócrifa atribuida a Galileo permitía al Prof. C. GUTIÉRREZ ESPADA expresar sus dudas acerca del fallo de la Corte Internacional de Justicia⁴³. De igual manera, C. ESPOSITO se mostraba reticente ante una decisión fundada, no lo olvidemos, en cuestiones procesales para sustraer la aplicación de las

³⁹ “même en admettant que les actions intentées devant les juridictions italiennes mettaient en cause des violations de règles de jus cogens, l’application du droit international coutumier relatif à l’immunité des États ne s’en trouvait pas affectée” (*CIJ Recueil 2011*, p. 42, para. 97. La traducción es nuestra).

⁴⁰ Cf. *CIJ Recueil 2011*, pp. 129-134 y 137-142. No obstante, conviene advertir que en una de las decisiones evocadas -por cierto la más reciente- la solución acogida por la Corte no resultaba tan rotunda: se trata de la Sentencia de 9 de marzo de 2011 de la *Cour de Cassation*, en el asunto *La Réunion aérienne c. Jamahiriya arabe libyenne*, recurso nº 09-14743, donde el Tribunal Supremo francés admitía que “à supposer que l’interdiction des actes de terrorisme puisse être mise au rang de norme de jus cogens du droit international, laquelle prime les autres règles du droit international et peut constituer une restriction légitime à l’immunité de juridiction, une telle restriction serait en l’espèce disproportionnée au regard du but poursuivi dès lors que la mise en cause de l’Etat étranger n’est pas fondée sur la commission des actes de terrorisme mais sur sa responsabilité morale” (texto accesible en <<https://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Documents/2012-05-25-26/LaReunionAerienneLaJamahiriyaArabeLibyennedecision.pdf>> consultado el 20 de septiembre de 2017). Por no hablar de la elusión de la práctica estadounidense -luego seguida por Canadá- que, ciertamente, en un supuesto concreto -los actos de terrorismo de Estado- contraría la línea supuestamente monolítica de la práctica aducida por la Corte. Al respecto *vid. infra*, n. 45.

⁴¹ La decisión se acordaba por 12 votos contra tres, respecto del primer *petitum* y por 14 contra en los restantes, salvo la exigencia de garantías de no repetición reclamada por Alemania, que era rechazada por unanimidad (*ibid.*, pp. 154-155).

⁴² Sirvan al efecto las opiniones disidentes de la minoría de la CIJ, a cargo de los jueces A.A. Cançado Trindade -particularmente éste que reprochaba la “miopía” de la “perspectiva interestatal” adoptada por la Corte frente al “imperativo de justicia” (paras. 161-176)- y A.A. Yusuf, así como del juez *ad hoc* G. Gaja en *ICJ Reports 2012*, pp. 179, 291 y 309, respectivamente. Sobre la controvertida decisión, en nuestra doctrina, además de los trabajos ya mencionados de C. ESPOSITO y A. FERNÁNDEZ TOMÁS *vid. CARNERERO CASTILLA, R.*, “Inmunidades estatales y violación de normas de *ius cogens*. La posición de la Corte Internacional de Justicia”, en *El Derecho internacional en el mundo multipolar del Siglo XXI. Obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, cit., pp. 477-488 y particularmente FERRER LLORET, J., “La insoportable levedad del Derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», *REEI*, 2012, núm. 24, pp. 1-36, quien tilda la opinión de Cançado Trindade de “verdadero disparate jurídico” (p. 23).

⁴³ Cf. GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La inmunidad de jurisdicción del Estado (Alcance y excepciones)”, en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades...*, cit., p. 57.

normas imperativas al caso⁴⁴. Por otra parte, este autor ha destacado que las afirmaciones vertidas por la Corte acerca de la supuesta solidez del carácter absoluto de la inmunidad en el supuesto planteado, fundado –a juicio de aquélla- en la consciente exclusión de una posible excepción a la inmunidad en relación con los crímenes internacionales en los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York resultan cuando menos excesivas, dado que el tema –tal como hemos destacado- en puridad fue eludido para no demorar la conclusión del texto convencional. Por su parte, el Prof. J. FERRER LLORET, aun compartiendo la solución adoptada por la Corte, advertía que la práctica analizada por la CIJ en su controvertida decisión, había descartado tomar en consideración otros desarrollos discordantes con aquella, sin razones plausibles para ello⁴⁵.

Sin embargo, la crítica más rotunda la expresaba el desaparecido Prof. J.A. CARRILLO SALCEDO –antiguo Juez del TEDH- quien lamentaba que:

“la Corte se ha mantenido en una concepción tradicional del derecho internacional, derecho destinado a regular las relaciones de coexistencia y cooperación entre los Estados, sin extraer las consecuencias que se derivan del proceso de humanización del orden internacional, así como de la existencia de normas imperativas en el derecho internacional contemporáneo”⁴⁶

En todo caso, la decisión provocaba una profunda conmoción e incluso el prestigioso *Institut de Droit International* (IDI) se enfrentaba a la cuestión lamentando la decisión de la Corte Internacional de Justicia. En tal sentido, tal como destacaba uno de sus miembros, la Profesora A. BORRÁS RODRÍGUEZ, sus debates en la sesión de Tallinn (2015) se centraban en “la idea de que un crimen, prohibido por el Derecho internacional, no puede encontrarse entre los actos de la autoridad pública protegidos por la inmunidad”, llegando a la conclusión de que “la sentencia *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* no responde al Derecho internacional consuetudinario

⁴⁴ De hecho, tal como destacara L. MILANO a propósito de la jurisprudencia del TEDH, la inmunidad no constituye un obstáculo de orden procesal, sino un obstáculo material que priva definitivamente y de manera irreversible a un justiciable de la posibilidad de dirigirse directamente a un juez (Cf. MILANO, “Les immunités issues...”, *cit.*, p. 1072). Ha de reconocerse, no obstante, que el argumento procesal, asociado al principio consensualista que sustenta su jurisdicción, ha sido una constante en la jurisprudencia de la CIJ para eludir entrar en la cuestión de la operatividad de las normas de *ius cogens*. Al respecto *vid.* SEIFI, J., “Peremptory Norms and the Jurisdiction of the International Court of Justice”, en *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses...*, *cit.*, pp. 167-172.

⁴⁵ “La insoportable levedad del Derecho internacional...”, *cit.*, pp. 28-29. Se trataba particularmente de la práctica estadounidense, plasmada en sucesivas reformas de su Ley de inmunidades. En todo caso, concurre con ello el peculiar sistema de reclamaciones colectivas vigente allí y aplicado al sector de los derechos humanos, en presencia de graves violaciones de los mismos; fenómeno bien estudiado por REQUEJO ISIDRO, M., en sus aportaciones “Derechos humanos y acciones colectivas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, vol. 16, 2012, pp. 313-336, y “Responsabilidad civil y derechos humanos en EEUU: ¿el fin del ATS?”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2011.

⁴⁶ “[I]a Cour est donc restée dans une conception traditionnelle du droit international, droit destiné à régir les relations de coexistence et de coopération entre des Etats souverains, sans tirer les conséquences qui dérivent du processus d’humanisation et l’ordre international et de l’existence de règles impératives en droit international contemporain” (Cf. CARRILLO SALCEDO, J.A., “Les immunités de juridiction des Etats devant la Cour internationale de justice: permanence et regrettable primauté de la souveraineté dans l’arrêt du 3 février 2012”, *Académie de droit international de La Haye* (Dir.), *Le 90e anniversaire de Boutros Boutros-Ghali*, Leiden, Nijhoff, 2012, p. 57; *cit.* en CAFLISCH, L., “Réflexions sur l’immunité des États en matière civile”, en *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses...*, *cit.*, La traducción es nuestra).

actual”⁴⁷, a la par que adoptaba una resolución en la que descartaba toda referencia a la inmunidad en presencia de demandas de reparación por crímenes internacionales⁴⁸.

4.4. ¿El último acto? La sentencia núm. 238 de la Corte Costituzionale de 22 de octubre de 2014

La antevista decisión de la CIJ conducía inextricablemente a Italia a tener que adoptar las medidas necesarias para conformarse a aquella. Es en este contexto en el que se plantea la intervención de la *Corte Costituzionale* la cual pronuncia su célebre Sentencia núm. 238, de 22 de octubre de 2014, en la que se afirma que:

“La inmunidad del Estado extranjero respecto de la jurisdicción de los tribunales italianos permitida por los artículos 2 y 24 de la Constitución protege la función de gobierno, pero no los comportamientos que no están relacionados con ella y que se conceptúan y califican como ilegítimos, en tanto que lesivos para los derechos inviolables, como reconoce, en este caso, la misma CIJ y, ante ella, incluso la propia RF de Alemania (apartado 3.1.), empero no se prevén remedios jurisdiccionales, como confirma la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, cuando declara no ignorar "que la inmunidad de jurisdicción reconocida a Alemania conforme al Derecho internacional puede impedir a los ciudadanos italianos perjudicados obtener una reparación judicial" (párrafo 104)...

Por lo tanto, en un contexto institucional caracterizado por la centralidad de los derechos humanos y reforzado por la apertura del sistema constitucional a fuentes externas (sentencia núm. 349 de 2007), el hecho de que la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de los delitos aquí considerados, esté excluida del control judicial, hace totalmente desproporcionado el sacrificio de ... principios supremos establecidos en la Constitución respecto al objetivo de no perturbar la acción de gobierno del Estado, máxime cuando ésta se vincula - como en este caso- con comportamientos reconocibles y calificados como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, lesivos de derechos

⁴⁷ BORRÁS, A., “Inmunidad de los Estados y competencia universal en materia civil”, en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades...*, cit., p. 75. Es más, ya en una Resolución previa adoptada en su sesión de Nápoles (2009) ya se había reconocido consciente de que “...under conventional and customary international law a State has an obligation to respect and to ensure the human rights of all persons within its jurisdiction; [and] Recognizing that the removal of immunity from proceedings in national courts is one way by which effective reparation for the commission of international crimes may be achieved.”. Resolution on the “Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes” (rapp. Lady Fox); accesible en <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2009_naples_01_en.pdf> consultado el 9 de septiembre de 2017.

⁴⁸ IDI, Sesión de Tallinn (2015), art. 2, Resolution sur “La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux” (rapp. A. Bucher); accesible en <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2015_Tallinn_01_fr.pdf> consultado el 9 de septiembre de 2017. Para un examen detenido de este informe y sus planteamientos contrarios al mantenimiento de la inmunidad estatatal en este punto vid. CAFLISCH, “Réflexions sur l’immunité des États...”, cit., pp. 224-229. En todo caso, la importante dimensión iusprivatista del tema ha encontrado una detenida atención en la obra de la Profa. M. REQUEJO ISIDRO, *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil (Transnational human rights claims)*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009 y en sus publicaciones posteriores sobre el tema.

inviolables de la persona, y como tales ajenos al legítimo ejercicio de la función de gobierno.”⁴⁹

Como resultado, la *Corte Costituzionale* tomaba decidido partido por una solución que consolida la orientación apuntada en el sentido de hacer prevalecer la protección de los derechos humanos frente a una esclerotizada visión de las inmunidades estatales. Con ello, tal como entendía el desaparecido Prof. B. CONFORTI se avanzaba en una línea semejante -con la consiguiente quiebra normativa⁵⁰- a la que había permitido a principios del pasado siglo desterrar paulatinamente la tesis de la inmunidad absoluta en favor de la concepción restringida de la inmunidad hoy vigente⁵¹.

5.- LA POSICIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL: LA LEY ORGÁNICA 16/2015 DE INMUNIDADES

Es en este bullente contexto en el que hay que situar el alumbramiento de -como dirían nuestros compañeros de Derecho internacional privado- una “normativa autónoma” española en materia de inmunidades jurisdiccionales, concretada en la ya apuntada -y de kilométrico título- Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, 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. Una legislación sobre el particular que confiere a nuestro Estado una dudosa primicia en la materia.

Y es que puede parecer sorprendente pero precisamente son los Estados insertos en la tradición del *Common Law* -y por consiguiente versados en la aplicación del Derecho consuetudinario- los que se han dotado hasta ahora de una legislación

⁴⁹ Sentencia 238/2014 de la *Corte Costituzionale*; texto italiano accesible en <<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do>> consultado el 15 de septiembre de 2017 (la traducción es nuestra). Sobre la decisión *vid.* los comentarios favorables de CONFORTI, B., “La Cour Constitutionnelle italienne et les droits de l’homme méconnus sur le plan international”, *RGDIP*, Vol. 119, 2015, núm. 2, pp. 353-359 y los más críticos de CANNIZZARO, E., “Jurisdictional immunities and judicial protection: The Decision of the Italian Constitutional Court no. 238 of 2014”, *RDI*, Vol. XCVIII, 2015, núm. 1, pp. 126-134.

⁵⁰ No se escandalice nadie. Se trata de un proceso de “normación modificativa” en el que, ante la aparición de nuevos factores y necesidades sociales, uno o varios Estados cuestionan la normativa en vigor e inician el proceso tendente a la aparición de una nueva norma. Al respecto *vid.* ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., (GONZÁLEZ VEGA J.A., col), *Sistema de Derecho internacional público*, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2016 p. 113. Ciertamente que en ese momento inicial aparecen confrontadas dos proposiciones normativas, de suerte que la normación modificativa se antoja como una violación del Derecho vigente, si se toma a este último como referente.

⁵¹ *Cf.* CONFORTI, *op. cit.*, p. 358. Sobre la evolución posterior de la justicia italiana, consecuente con este planteamiento en decisiones posteriores *vid.* BOGGERO, G., “The Legal Implications of Sentenza No. 238/2014 by Italy’s Constitutional Court for Italian Municipal Judges: Is Overcoming the “Triepelian Approach” Possible?”, *ZaöRV*, vol. 76, 2016, pp. 203-224; FORLATI, S., “Judicial Decisions. Immunities”, *IYbIL*, vol. XXV, 2015, pp. 497-509; DE STEFANI, P., “On human dignity and State sovereignty: The Italian Constitutional Court’s 238/2014 judgment on State immunity for international crimes”, en la obra colectiva *Écrits sur la Communauté internationale: enjeux juridiques, politiques et diplomatiques/On the International Community: Legal, Political, Diplomatic Issues. Liber Amicorum Stelios Perrakis* (J.P. Jacqué, F. Benoît-Rohmer, P. Grigoriou, M.D. Marouda eds.), I. Sideris, 2017, pp. 127-144.

específica en materia de inmunidades⁵². La razón última estriba en la necesidad presentada por estos sistemas de contrarrestar los precedentes judiciales anteriores, asentados en la doctrina de la inmunidad absoluta, con miras a garantizar la plena vigencia de la contemporánea caracterización restrictiva de la inmunidad. Inesperadamente, sin embargo, el resultado ha derivado en una petrificación de la institución que los más recientes desarrollos jurisprudenciales tratan de erosionar. En este sentido, conviene mencionar el caso británico donde los Tribunales han puesto de manifiesto la contradicción entre las disposiciones de la Ley de inmunidades estatales de 1978 y el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 6 CEDH y el art. 47 de la Carta de derechos fundamentales de la UE⁵³.

Paradójicamente, los Estados de base romanista o germánica, *ergo*, legislativa -con las puntuales excepciones de Argentina (1995), Suiza (2007) y Japón (2009)⁵⁴- han rehuido tanto antes como ahora la elaboración de leyes en la materia, prefiriendo anclarse a los desarrollos consuetudinarios de la institución. En el caso español también había sido así. Es más, nuestro Estado descartó vincularse por instrumentos convencionales en la materia. Así, eludió conscientemente obligarse por el Convenio de Basilea, promovido por el Consejo de Europa, y relativo a la inmunidad de jurisdicción del Estado, de 16 de mayo de 1972, en contra de las expectativas concebidas en su día por nuestra doctrina⁵⁵. También desechó la concertación de acuerdos bilaterales que concretaran el alcance de esta institución⁵⁶. Más aún, ni siquiera osó, como advirtiera el Prof. V. BOU FRANCH, introducir en nuestra legislación las implicaciones obvias derivadas de nuestra jurisprudencia constitucional, supliendo la genérica remisión a las reglas del Derecho internacional contenida en la redacción originaria del art. 21.2 de

⁵² Así, la Ley estadounidense de inmunidades soberanas extranjeras (FSIA) de 21 de octubre de 1976, la Ley británica sobre inmunidad estatal de 20 de julio de 1978, la Ley de Singapur sobre inmunidad estatal (1979), la Ordenanza pakistaní sobre inmunidad de los Estados (1981), la Ley sudafricana sobre inmunidades de los Estados extranjeros (1981), la Ley canadiense sobre inmunidad de los Estados (1982), la Ley australiana sobre inmunidad de los Estados extranjeros (1985) o la Ley de Israel (2008). Extraemos los datos de GUTIÉRREZ ESPADA, C., “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*, vol. 8, núm. 2, 2016, p. 8, n. 12, así como de MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “¿Por qué una Ley de Inmunidades? Primeras reflexiones a propósito de la pertinencia y el contenido de la Ley Orgánica 16/2015, de privilegios e inmunidades”, en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades...*, *cit.*, p. 15.

⁵³ Cf. Sentencia de 5 de febrero de 2015 del Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales, *Benkharbourche and Janah v. Embassy of the Republic of Sudan and Lybia*. Al respecto *vid.* ZIEGLER, K.S., “Immunity versus Human Rights: The right to a Remedy after *Benkharbouche*”, *Human Rights Law Review*, vol. 17, 2017, pp. 127-151.

⁵⁴ Tal como recuerda MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *loc. cit.*, quien cuestiona allí la calidad técnica de la parca Ley argentina nº 24.448, de 1995. Omite mencionar, sin embargo, que la misma preveía en su art. 3 un procedimiento de reenvío a instancias internacionales de control cuando el particular demandare a un Estado extranjero respecto de violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos, que fue “observado” (excluido de la promulgación de la Ley, en la terminología constitucional argentina) por reputarlo contrario a la Constitución al “denegar el acceso a la justicia para demandar respecto de tales supuestos” (Cf. Decreto 849/1995 del Poder Ejecutivo Nacional, de 22 de junio de 1995 accesible en <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/22524/norma.htm>> consultado el 20 de septiembre de 2015).

⁵⁵ Al respecto *vid.* ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, A., “Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero en el contexto de economía de mercado. Especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1972”, *RIE*, 1979, pp. 503-548.

⁵⁶ En tal sentido, fue abandonado un proyecto de acuerdo con México sobre la materia, negociado en los años 80.

nuestra LOPJ⁵⁷. Esta astenia normativa, sin embargo, se ha visto quebrada -de forma un tanto sorprendente- en el marco de la “feraz actividad legislativa en el ámbito del Derecho internacional desarrollada en la X Legislatura”⁵⁸.

Hasta ese momento, la tarea de los Jueces y Tribunales y -fundamentalmente- la labor del TC constituyó un meritorio esfuerzo por conformar lo que en otro lugar hemos denominado como un “prontuario” que al tiempo que garantizaba razonablemente el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, proporcionaba a nuestros Jueces y Tribunales útiles orientaciones para encarar su función sin mengua de los derechos de los particulares y con respeto a las normas internacionales en la materia⁵⁹.

Ciertamente, los imperativos de la seguridad jurídica pueden explicar la necesidad de dotarse de un marco normativo propio. Y en este orden, la aún anecdótica aplicación de la LO 16/2015 por parte de nuestros Jueces y Tribunales, ha puesto de manifiesto los beneficios indiscutibles derivados de ello⁶⁰, pero también ha contribuido a relativizar el impacto real de algunas de sus disposiciones, tal como revelaba la Sentencia 556/2016, de 21 de julio, del TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 6ª) en la que la una precipitada aplicación de la Ley por el juzgador *a quo* llevaba a aquél a fundar su decisión en el “Derecho consuetudinario internacional” reflejado por la Convención, del que la LO 16/2015 era fiel trasunto⁶¹, pues como se ha advertido ésta:

“no cambia una regulación anterior sobre inmunidades, sino que desarrolla *ex novo* la cuestión referida a las inmunidades introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico una regulación sistemática de la materia para lograr una mayor seguridad jurídica”⁶².

⁵⁷ Cf. “Las inmunidades internacionales y el artículo 36 de la Ley núm.1/2000, de 7-I-2000, de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de Derecho de la Universitat de València*, núm. 1, noviembre 2002; cit. en LÓPEZ MARTÍN, “Práctica jurisprudencial española en materia de inmunidades...”, *cit.*, p. 118.

⁵⁸ Cf. nuestra contribución “La protección de los derechos humanos en la reciente legislación española en materia de Derecho internacional. Reflexiones críticas en torno a la ley 2/2014 de Acción Exterior y a la Ley Orgánica 16/2015 de privilegios e inmunidades”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2016, pp. 263-281.

⁵⁹ Sin perjuicio de algunos excesos algo más que retóricos como los planteados en la STC 18/1997, de 10 de febrero, donde la alta jurisdicción contemplaba la posibilidad del embargo de créditos del Estado extranjero derivados de obligaciones internacionales asumidas por nuestro Estado, en clara violación del Derecho internacional. Al respecto *vid.* nuestro comentario a la referida Sentencia en *REDI*, vol. L, 1998, núm. 1, pp. 214-217.

⁶⁰ Además de la ya mencionada Sentencia 919/2016 del TSJ de Madrid, buen ejemplo de ello es la Sentencia 229/2016, de 20 de marzo, del TSJ de Canarias (Las Palmas, Sala de lo Social, Rec. 1212/2015, ECLI:ES:TSJICAN:2015:1524, Fdto. Jco. 2º) que zanja la controversia acerca de la inmunidad invocada por el Consulado General de Francia con la remisión a las disposiciones del art. 10 de la LO 16/2015 y 11 de la Convención -de idéntica redacción. Con un planteamiento semejante *vid.* Auto 11/2016, de 28 de septiembre, del TSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, AC/2016/1745, Fdto. Jco. 4º) al aplicar el art. 16 de la LO16/2015 y el art. 17 de la Convención, sustancialmente idénticos. Id. respecto de la aplicación prospectiva del art. 9 de la LO 16/2015 por el Auto de 5 de septiembre de 2016 del Juzgado de 1ª instancia núm. 26 de Madrid (Rec. 394/2016, ECLI:ES:JPI:2016:16A) si bien declara luego su incompetencia para conocer del caso.

⁶¹ AS/2016/1433, Fdto. Jco. 4º.

⁶² Fdto. Jco. 4º, Auto 12/2016, de 14 de noviembre, del TSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, AC/2016/1941).

Satisfechos tan loables propósitos, sin embargo, en lo que aquí interesa dos son las cuestiones en las que nuestra reciente Legislación ofrece una solución que no podemos por menos que deplorar. De un lado, la total ausencia de referencias a la exclusión de la inmunidad en el caso de las graves violaciones de los derechos humanos -no apostando por una línea evolutiva que, como hemos venido destacando, ya está ahí; de otro, las eventuales implicaciones negativas en materia de derechos humanos de las generosas inmunidades reconocidas al personal de las fuerzas armadas extranjeras presentes en nuestro país.

Obligados por razones de tiempo a ceñirnos en exclusiva a la primera de ellas⁶³, ha de destacarse que la Ley -siguiendo en este punto el mutismo adoptado por nuestro Estado con ocasión de la, entendemos, poco reflexiva adhesión a la Convención de Nueva York⁶⁴- guarda silencio sobre la conflictiva conciliación entre inmunidad y las graves violaciones de los derechos humanos. Ha de destacarse que no fue ésta, en cambio, la actitud mostrada por otros Estados de nuestro entorno, los cuales conscientes de la laguna existente en el texto convencional optaron por formular declaraciones al respecto con ocasión de la ratificación o adhesión de la Convención. En tal sentido, conviene mencionar los casos de Finlandia, Italia, Liechtenstein, Noruega, Suecia o Suiza⁶⁵.

⁶³ En relación con las cuestiones del personal de las FAS extranjeras y la LO 16/2015, A. FERNÁNDEZ TOMÁS, realiza un detenido examen del tema en su contribución "La posición española ante las inmunidades de las Fuerzas Armadas de otros Estados", en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades...*, cit., pp. 355-386. Sin embargo, en él no se aborda la cuestión que evocamos para lo que remitimos a las observaciones formuladas en nuestro trabajo "Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre sobre inmunidades, ¿Juego de espejos en el callejón del gato?", *REDI*, vol. 68, núm. 1, 2016, pp. 85-97.

⁶⁴ Por motivos diferentes, relacionados con las garantías dispensadas por nuestra jurisprudencia constitucional en materia de inmunidad de ejecución, ya algún autor se había mostrado tempranamente contrario a la adhesión al texto convencional (Cf. CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., "La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española", *AEDI*, vol. XXIII, 2007, pp. 63-99). Disiente de ello GUTIÉRREZ ESPADA, C., que la juzgaba positiva (Cf. "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, núm. 2, 2011, p. 152).

⁶⁵ Así, Finlandia (*Declaración anexa al instrumento de Aceptación de 23 de abril de 2014*): "...the Convention is without prejudice to any future international legal development concerning the protection of human rights." Italia (*Declaración anexa al instrumento de adhesión de 6 de mayo de 2013*): "...Italy understands that the Convention will be interpreted and applied in accordance with the principles of international law and, in particular, with the principles concerning the protection of human rights from serious violations." Liechtenstein (*Declaración anexa al instrumento de adhesión de 22 de abril de 2015*): "The Principality of Liechtenstein considers that article 12 does not govern the question of pecuniary compensation for serious human rights violations which are alleged to be attributable to a State and are committed outside the State of the forum. Consequently, this Convention is without prejudice to developments in international law in this regard." Noruega (*Declaración anexa al instrumento de ratificación de 27 de marzo de 2006*): "...Norway understands that the Convention is without prejudice to any future international development in the protection of human rights." Suecia (*Declaración anexa al instrumento de ratificación de 23 de diciembre de 2009*): "...declares its understanding that the Convention is without prejudice to any future international legal development concerning the protection of human rights." Suiza (*Declaración anexa al instrumento de ratificación de 16 de abril de 2010*): "Switzerland considers that article 12 does not govern the question of pecuniary compensation for serious human rights violations which are alleged to be attributable to a State and are committed outside the State of the forum. Consequently, this Convention is without prejudice to developments in international law in this regard" (Textos accesibles en la base de datos de la *United Nations Treaty Collection*, al ser el Secretario General de la organización el depositario del texto en <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en> consultado el 10 de septiembre de 2017. Ciertamente es que no han formulado tampoco declaraciones de este

En el caso de nuestro país, no se trató ciertamente de un olvido que, por otra parte, siempre se estaría a tiempo de reparar⁶⁶. Sirva para confirmarlo el hecho de que ya durante la elaboración del anteproyecto y durante la tramitación de la vigente Ley Orgánica alguna institución y diferentes grupos parlamentarios trataron de subsanar la cuestión reclamando la introducción de una disposición específica en el articulado. Así, en el caso del Consejo General del Poder Judicial, su Informe al anteproyecto reclamaba:

“dotar de la mayor virtualidad posible el derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos que, en particular, han visto lesionados derechos fundamentales por acciones u omisiones que constituyen violaciones de normas internacionales de *ius cogens*, presuntamente imputables a un Estado extranjero, de cuyo conocimiento resulten competentes los tribunales españoles por aplicación de las normas de competencia judicial internacional. A lo que no ha de constituir óbice el hecho de que tanto la CIJ como el TEDH hayan declarado la conformidad del principio de inmunidad estatal con el derecho al acceso a la justicia y al juicio debido, pues semejante criterio, expresivo del respeto de tales derechos, no empee la posibilidad de que el legislador nacional pueda dotar de mayor grado de protección aquellos que se califican de fundamentales, tanto de carácter material, como de naturaleza procesal, dotando de mayor virtualidad a estos para lograr la mayor virtualidad de aquellos.”⁶⁷

Por idénticas razones en el curso de la tramitación parlamentaria del proyecto, el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso presentaba una enmienda de adición núm. 17 al art. 11 en la que se buscaba excluir la inmunidad en acciones indemnizatorias frente a “actos constitutivos de graves violaciones de las normas internacionales de ‘*ius cogens*’”⁶⁸. Sin embargo, la citada enmienda -reiterada durante la

tenor Austria, Francia, Portugal o Rumanía, pero algunos de ellos -nos tememos- que “guardan esqueletos en el armario”. Naturalmente tampoco lo han hecho –pues no han manifestado el consentimiento en obligarse por el tratado -y ni siquiera lo han firmado- Alemania o los Estados Unidos (¿Lo harán alguna vez?).

⁶⁶ Adviértase que los Estados mencionados se han servido de declaraciones para salvaguardar su posición al respecto. De ser concebidas como declaraciones interpretativas *strictu sensu* -que no reservas- no están aquejadas de límite temporal alguno en orden a su formulación. De hecho, la CDI admite su emisión en cualquier momento siempre que el tratado no lo impida o se trate de una “declaración interpretativa condicional” (Al respecto *vid. Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados*; reprod. en Informe de la Comisión de Derecho Internacional 63º período de Sesiones, Doc. A/66/10/Add. 1, pp. 70-74 y pp. 203-204; accesible en <<http://legal.un.org/ilc/reports/2011/spanish/addendum.pdf>> consultado el 10 de septiembre de 2017). Por lo mismo, España podría formular una declaración de idéntico tenor en el futuro, dado que la Convención guarda silencio al respecto.

⁶⁷ CGPJ, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los Estados extranjeros y organizaciones internacionales u Oficina en España y sobre el régimen de privilegios e inmunidades aplicables a Conferencias internacionales celebradas en España, de 28 de mayo de 2015, para. 101, in fine. El CGPJ había fundamentado prolijamente la conveniencia de tal solución (paras. 49-52) y proponía diferentes alternativas (para. 102). En cambio, el Consejo de Estado no era partidario de la misma -que tildaba de “progresiva”; prestando continuidad a los argumentos de la CIJ en el asunto de las *Inmunidades jurisdiccionales*, estimaba perturbadora una previsión que consagrando “una suerte de jurisdicción civil universal” obligaría a reformar el vigente art. 22.3 LOPJ y excedería del propósito del anteproyecto, al que concebía como “un texto básico de referencia en materia de inmunidades ajustado a las reglas actualmente vigentes del derecho consuetudinario internacional”, sin perjuicio de que aquella “deb(ier)a tenerse presente en los futuros avances que el ordenamiento español pueda experimentar en la materia” (Cf. CONSEJO DE ESTADO, Dictamen núm. 693/2015, de 23 de junio de 2015, pp. 37-38).

⁶⁸ BOCG, *Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 162-2, de 18 de septiembre de 2015, p. 11.

tramitación en el Senado⁶⁹- fue rechazada en ambos casos por la mayoría gubernamental.

A juicio del Prof. GUTIÉRREZ ESPADA, la negativa de nuestro Legislador, era una muestra de “prudencia” pues éste:

“no intenta “romper” el *statu quo* del Derecho Internacional vigente en este punto. Porque éste, sí (TIJ, TIDH (*sic*) *dixit*) no contempla hoy por hoy esta nueva y emergente excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado por actos soberanos”⁷⁰

Seguramente hay quien verá en ello, el influjo de nuestro Baltasar Gracián. Pero, personalmente, no se nos escapan las razones, aunque inconcesas, que explican la cerrazón a admitir tal posibilidad: no se olvide que esa misma Legislatura había decidido poco antes poner un segundo candado -el primero, recuérdese, se había uncido con la reforma de la LOPJ de 2009- a la ya agonizante competencia judicial universal en el ámbito penal de nuestros Tribunales⁷¹. Por lo que obviamente no estaba el Gobierno - y la mayoría absoluta que lo respaldaba- por abrir un cauce alternativo a través de una competencia universal civil en la materia, que hubiere sido la consecuencia ineluctable de una solución afirmativa a la cuestión planteada, tal como lúcidamente destacara nuestro Consejo de Estado⁷².

6.- UN BALANCE PROVISIONAL: *ESPERANDO A GODOT*

Empezábamos hablando de las concepciones voluntaristas -el *consensus ad idem*- que sustentaba el Juez Marshall cuando defendía el asiento de la institución de la inmunidad. Semejante planteamiento, sin embargo, no puede sostenerse sin matices en la actual situación. El proceso de “humanización del Derecho internacional” -sobre el que incidiera con énfasis el desaparecido Prof. CARRILLO SALCEDO⁷³- nos lleva necesariamente a extraer las implicaciones de ese proceso en todos los ámbitos de nuestro sistema jurídico: también en el asociado con las expresiones más vivas de la soberanía estatal, como el encarnado por el derecho de las inmunidades. Abundando en esta idea la Prof. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA ha destacado la “incoherencia estructural” presente en casos como los que aquí hemos bosquejado, dado que las

⁶⁹ En este caso, se trataba de sendas enmiendas del Grupo Socialista (núm. 23) y del Grupo Parlamentario *Entesa pel Progrès de Catalunya* (*Entesa*) (núm. 3), respectivamente, ambas de idéntico contenido (Cf. *BOCG, Senado*, apartado I, núm. 611-4193, de 13 de octubre de 2015, pp. 722-723 y 735-736).

⁷⁰ “Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros...”, *cit.* p. 56. El Prof. Gutiérrez Espada ha vuelto más recientemente sobre la cuestión, profundizando en sus argumentos, aunque admitiendo las posibilidades de cambio normativo que -a su juicio- deja abierta la propia LO 16/2015. Cf. “Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre /On the immunity of jurisdiction of the foreign states in Spain, in the light of the act [“Ley Orgánica”] 16/2015, of October 27”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 2, 2016, pp. 5-33.

⁷¹ Al respecto remitimos a nuestra contribución “La protección de los derechos humanos en la reciente legislación española...”, *cit.*

⁷² Dictamen núm. 693/2015, *cit.* Sobre la cuestión y los riesgos que asumiría nuestro Estado de dar tal paso *vid.* FERRER LLORET, J., “La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades: ¿aporta una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho? Una valoración provisional”, *REDI*, vol. 68, núm. 1, 2016, pp. 77-79.

⁷³ Toda su obra está impregnada de esa idea. Mencionemos no obstante al respecto su concisa y aleccionadora aportación *Dignidad frente barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999.

exigencias inherentes a la protección de los derechos humanos frente a sus más graves violaciones se ven obligadas a ceder ante la inmunidad, que aquí se troca en “impunidad del comportamiento estatal ilícito”⁷⁴.

En esta tesitura nos preguntamos -como Lenin- ¿Qué hacer?

¿Avanzar en la línea sentada por Italia -y antes de ella por otros Estados -v. *gra.* anglosajones- y compartida por otros Estados europeos a tenor de sus declaraciones a la Convención?

¿Fiarlo a la creación de una futura Corte Internacional de los Derechos Humanos? Es este un tema del que se viene hablando desde hace décadas, sin que se registre el más leve avance en el seno de la Comunidad internacional⁷⁵.

¿Afianzar una competencia universal en materia civil en relación con tales supuestos? Esa es la línea musitada por nuestro Consejo de Estado y sobre la que transita el IDI tal como advertíamos respecto de sus trabajos más recientes con ocasión de la Conferencia de Tallinn de 2015.

¿O quedarse *esperando a Godot*?

Pues bien, tal parece que esto último ha resuelto nuestro Legislador.

⁷⁴ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Sistema de Derecho internacional...*, cit., p. 85.

⁷⁵ Solución aducida por ESPOSITO, C., “Sobre la emergencia de una excepción a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante las violaciones graves de los derechos humanos”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria/Gasteiz 2007*, Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2008, pp. 222-223.