

LA ADHESIÓN ESPAÑOLA (2011) A LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES (2005)

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

Recibido: 20.08.2011 / Aceptado: 23.08.2011

Resumen: España ha decidido adherirse a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. Pese a que este tratado no ha entrado en vigor todavía constituye ya el marco jurídico internacional de referencia en materia de inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado.

La Convención parte de una concepción restringida de la inmunidad (de jurisdicción y de ejecución), previendo una lista de procesos en los que la inmunidad del Estado no puede hacerse valer.

La Convención de las Naciones Unidas pretende ser el régimen jurídico universal en este ámbito, aunque no ha afrontado lo que hoy es seguramente una de las cuestiones claves en el tema: la relación entre la inmunidad soberana del Estado y el respeto a las normas imperativas de Derecho Internacional (*ius cogens*).

Palabras clave: Convenio de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, Derecho español e inmunidad de jurisdicción y ejecución, inmunidad de jurisdicción, inmunidad de ejecución, excepciones a la inmunidad de jurisdicción, excepciones a la inmunidad de ejecución, inmunidad de jurisdicción e *ius cogens*.

Abstract: Spain has decided to accept the United Nations Convention on the jurisdictional immunity of States and their property. Although this treaty is not yet in force, it has already become the legal international reference in both jurisdictional and enforcement immunities.

This Convention embraces a restrictive approach to immunity and, therefore, provide for a wide list of proceedings in which State immunity cannot be invoked.

The United Nations Convention seek to represent the universal juridical framework on the immunity of States. However, the Convention does not include the treatment of a actual and important subject: the relationship between the sovereign immunity and the international *ius cogens*.

Key words: United Nations Convention on jurisdictional immunities of States and their property, Spanish Law of immunity from jurisdiction and execution, immunity from jurisdiction, immunity from execution, exceptions to de jurisdictional immunity, exceptions to de immunity from execution, sovereign immunity and *ius cogens*.

Sumario: I. Introducción. II. El Derecho español sobre la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados extranjeros. III. La Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes: 1. Génesis. 2. La inmunidad jurisdiccional del Estado: A) Inmunidad restringida o relativa. B) Las «excepciones». 3. La inmunidad de ejecución. 4. Disposiciones procesales sobre la inmunidad del Estado. 5. Las cláusulas finales. 6. Ámbitos excluidos de la Convención. IV. ¿Qué supone pues para nuestro Derecho nuestra incorporación a este tratado?. V. A modo de conclusión: la Convención, en todo caso, no resuelve ciertas cuestiones actualmente claves en el tema de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados.

I. Introducción

1. La institución de la inmunidad hunde sus raíces en el principio de igualdad soberana: si todos los Estados son iguales, ninguno de ellos podrá, por medio de sus órganos, ejercer jurisdicción sobre un Estado extranjero sin su consentimiento. El principio de inmunidad de los Estados tiene en el Derecho internacional naturaleza consuetudinaria. En España, la Ley Orgánica del Poder Judicial (1985)¹, tras reconocer la jurisdicción de los tribunales españoles sobre personas y materias en todo el territorio español en la forma establecida en la Constitución y en las leyes, admite como excepciones las basadas en los «supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público» (artículos 4 y 21.1).

La concesión de esta prerrogativa obedece, sin duda, a la necesidad de que los Estados sean capaces de moverse con plena libertad en el ejercicio de sus funciones, evitando ser objeto de acusaciones que pudieran resultar infundadas; la coraza de privilegios e inmunidades no es, por tanto, una vía para que quienes los disfruten actúen de manera descontrolada, sino una garantía de su independencia y libertad de actuación. Respecto del principio de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados destacan varios instrumentos jurídicos de diverso tipo y alcance:

- Tratados sobre materias en principio ajenas al tema pero que contienen disposiciones concretas que recogen inmunidades específicas; por ejemplo, respecto de los buques de guerra que pertenezcan a un Estado².
- Tratados de carácter regional como el *Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados* (Basilea, 16 de mayo de 1972)³.
- O convenios de carácter multilateral como el relativo a la *inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes*, que se basa en una revisión del proyectos de artículos que en esta materia aprobara la Comisión de Derecho Internacional (1991), y fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴ y abierto a la firma en Nueva York el 17 de enero de 2005.

2. El principio de inmunidad de jurisdicción se expresó con claridad en fecha temprana (1812) en un asunto de carácter interno (*The Schooner Exchange vs. McFaddon y otros*), resuelto por el juez MARSHALL, presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el que se discutía la propiedad de nacionales estadounidenses sobre uno de sus buque requisado en su momento por Napoleón para incorporarlo a su marina de guerra. Una vez que la goleta *Exchange* arribó al puerto de Filadelfia, sus antiguos propietarios lo reclamaron judicialmente, lo que motivó que el juez afirmara el principio en los siguientes términos:

«esta perfecta igualdad... de los soberanos, y este interés común que les induce a mantener relaciones mutuas y a prestarse servicios recíprocos, ha 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»⁵.

¹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* de 2 de julio de 1985 (y corrección de errores en el de 4 de noviembre).

² Convenios de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua, artículo 22 y sobre la alta mar, artículos. 8 y 9 (*BOE* de 24 diciembre 1971); o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, artículos 32, 95 y 96 (*BOE* de 14 diciembre 1997).

³ *International Legal Materials*, 1972, pp. 470 y ss. (España no lo ha ratificado). También han sido textos de referencia para la doctrina el proyecto de Convenio sobre la inmunidad del Estado aprobado por la ILA (*International Law Association*) el 4 de septiembre de 1982 o el proyecto de Convenio interamericano sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados de 21 de enero de 1983 (*ILM* 1982, pp. 292-295).

⁴ Resolución 59/38, de 2 de diciembre de 2004.

⁵ 11 US 116 (1812).

La inmunidad de jurisdicción de los Estados fue afianzándose por obra de la jurisprudencia interna de varios países a la que, posteriormente, fueron sumándose leyes nacionales específicas reguladoras del tema⁶.

Tradicionalmente, el Estado ha poseído una inmunidad de jurisdicción absoluta, es decir, en ningún caso podía verse sometido a los tribunales de otro Estado, pero su evolución ha acabado en la actualidad, sin embargo, por consagra la tesis restringida que implica que, en ciertos supuestos, un Estado extranjero sí puede ser llevado ante la jurisdicción de otro⁷. Desde principios del siglo XX, una distinción entre las actividades «soberanas» (*acta iurii imperii*), respecto de las que los Estados gozan de inmunidad de jurisdicción, y las actividades privadas (*acta iure gestionis*), en las que la inmunidad desaparece, empezó a abrirse camino en la jurisprudencia de los tribunales belgas e italianos, para, poco a poco, por medio de su reconocimiento en los tratados internacionales (o proyectos) que he mencionado y su inclusión en ciertas las legislaciones de carácter interno⁸, se ha ido imponiendo en la mayoría de los Estados⁹. Sigue habiendo con todo algunos sistemas jurídicos internos anclados en la concepción más tradicional de la inmunidad de jurisdicción¹⁰. La tendencia hacia una inmunidad más restrictiva resulta lógica a la par que necesaria, en tanto en cuanto en las últimas décadas los Estados han incrementado notablemente su actuación en ámbitos antes reservados únicamente a actuaciones privadas: firman contratos, compran, venden, alquilan, emplean personal y actúan como empresarios, con lo que sería injusto que simplemente por detentar esa condición *estatal* no pudieran ser demandados ante los tribunales, pues se generaría una clara situación de desigualdad respecto de sus co-contratantes particulares...

Aceptada la posibilidad de demandar a los Estados surge el problema de cómo determinar si una determinada actividad escapa o no a la inmunidad de jurisdicción:

- El criterio tradicional para dilucidar la cuestión ha sido, según he señalado ya, el de la distinción entre los *iure imperii* (actos de soberanía, poder público u oficiales) y los actos *iure gestionis* (de naturaleza privada). Pero distinguir a su vez unos de otros no resulta siempre fácil, consistiendo el problema principal en seleccionar el criterio concreto a utilizar (naturaleza, finalidad del acto...). De hecho, pudiera darse el caso de que un mismo acto sea considerado en dos países, que empleen criterios diferentes, como *sujeto* o *no* a la inmunidad de jurisdicción; pensemos en un supuesto clásico: la compra de suministros militares por un Estado a una empresa de otro (botas, uniformes...) puede por la *naturaleza del acto* (contrato de compraventa) considerarse como de gestión, mientras que si atendemos a su *finalidad* (satisfacción de funciones propias de las Fuerzas Armadas) sería seguramente un acto *ex iure imperii*¹¹.

⁶ Por ejemplo, la ley estadounidense de inmunidades soberanas extranjeras de 21 de octubre de 1976 (modificada en 1989 y 1996); ley británica sobre inmunidad estatal de 20 de julio de 1978, ley de Singapur sobre inmunidad estatal (1979), ordenanza pakistaní sobre inmunidad de los Estados (1981), ley sudafricana sobre inmunidades de los Estados extranjeros (1981), ley canadiense sobre inmunidad de los Estados (1982), ley australiana sobre inmunidad de los Estados extranjeros (1985), o la ley argentina (1995).

⁷ Para una síntesis muy clara de su evolución, en particular en la jurisprudencia tanto interna como internacional, *vid.* R. DE GOUTTES: «A propos de l'immunité de juridiction des Etats étrangers», *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de J.-P. Puissechet*, París, Éditions A. Pédone, 2008, pp. 117-126 (pp. 120 ss.).

⁸ Los primeros en adoptar la tesis restrictiva fueron, a principios del siglo XX, Bélgica, Italia, Francia, Suiza, Austria y la RFA. Los tribunales norteamericanos y británicos se mostraron algo más reacios (los primeros lo hicieron a mediados de los años cincuenta, como reacción al hecho de que la URSS era partidaria de la inmunidad de jurisdicción absoluta y los segundos en los años setenta)

⁹ I. SINCLAIR: «The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye/Collectes Course...*, 167 (1980-II), pp. 113-284 (p. 133).

¹⁰ Probablemente pueda decirse que desaparecidos los Estados de etiqueta socialista, que tradicionales defensores de la soberanía abogaron siempre por la tesis de la inmunidad de jurisdicción absoluta (C. OSAKWE: «A soviet perspective on foreign sovereign immunity: Law and practice», *Virginia Journal of International Law*, 1982, pp. 13-52), esta doctrina solo sigue vigente, y «a veces solo por inercia» (A. REMIRO BROTONS Y R. RIQUELME, E. ORIHUELA, J. DIEZ-HOCHLEITNER, L. PÉREZ-PRAT, *Derecho Internacional. Curso general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 568), en algunos países africanos, asiáticos (China por ejemplo) y latinoamericanos.

¹¹ De hecho, este supuesto ha provocado en la realidad conclusiones diferentes según el país de que se tratara. La compra fue calificada como acto *iure gestionis* en los tribunales italianos (Governo rumano c. Trutta, Giur. It. 1926, Pt I (1): 774; Foro

- La distinción que ha hecho cierta jurisprudencia estatal (la del Reino Unido por ejemplo) entre actividades *comerciales* y *no comerciales* puede subsumirse en la anterior, en la medida en que, por lo general, los actos comerciales serán de naturaleza privada (de gestión).

El que la jurisprudencia no hay sido capaz de determinar con claridad, por medio de un criterio general o abstracto, los límites precisos de la inmunidad de jurisdicción es lo que explica que la práctica de los últimos años haya tendido a enumerar, directamente, los actos que se consideran de gestión y en los que, por tanto, no puede hacerse valer la inmunidad de jurisdicción; es lo que hace, por ejemplo el *Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados* de 1972 (artículos 4, 5, 9-11). La misma tendencia ha fructificado en la *Convención sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes* (2005), cuya Parte III (artículos 10-17) recoge los «procesos en los que la inmunidad de jurisdicción no se puede hacer valer»; volveremos sobre ella en el apartado II de este estudio.

Hasta ahora nos hemos referido a la inmunidad de jurisdicción de un Estado, pero sin concretar qué debe entenderse por tal, lo que resulta necesario para discernir si el acto de un determinado órgano puede ser considerado estatal y beneficiarse, por tanto, de la inmunidad. La Convención de Naciones Unidas (2005) utiliza un concepto amplio y flexible, más que el del Convenio de Basilea (1972), al entender por Estado (artículo 2.1.b) a éste y sus órganos de gobierno, a los elementos constitutivos de un Estados federal o las subdivisiones políticas del Estado que puedan realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana, a los organismos e instituciones del Estado u otras entidades que, igualmente, realicen actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado y a los representantes del Estado cuando actúen con tal carácter (artículo 2.1.b). No está en todo caso claro que dicho concepto sea aceptado generalizadamente; por ejemplo, y antes ya lo apuntaba, el Convenio del Consejo de Europa no reconoce la inmunidad de jurisdicción de las entidades miembros de un Estado federal, salvo en el caso de que este formule una declaración en sentido contrario dirigida al Secretario del Consejo de Europa (artículo 28) y esta tesis ha sido igualmente recogida en algunas legislaciones estatales (como las del Reino Unido o Singapur).

3. Si, según he considerado, es posible demandar a un Estado extranjero en ciertos supuestos sin que éste resulte protegido por el principio de inmunidad de jurisdicción, la pregunta siguiente es la de si, en caso de que resultara condenado ante los tribunales, sería posible ejecutar dicha sentencia o, por el contrario, el Estado extranjero goza de *inmunidad de ejecución*. Una respuesta coherente con todo lo examinado hasta aquí sería inequívocamente negativa. La tendencia predominante, sin embargo, ha sido la de establecer una clara diferencia entre ambas modalidades de inmunidad, de manera que es posible que un tribunal tenga jurisdicción respecto de actividades no soberanas de un Estado extranjero pero pueda verse imposibilitado de autorizar medidas de ejecución contra cualquiera de sus bienes. De hecho, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no se considera automáticamente aplicable a la de ejecución.

En todo caso, hoy se acepta que la inmunidad de ejecución tampoco es absoluta, por lo que las medidas de ejecución forzosa adoptadas por los tribunales contra un Estado extranjero para ejecutar una sentencia condenatoria serían aplicables siempre que los bienes de ese Estado objeto de las mismas estuviesen destinados a una actividad del mismo *iure gestionis*, no pudiendo llevarse a cabo contra bienes afectos a la realización de actividades propias del Poder Público, esto, *ex iuri imperii*. Claro que la determinación de cuándo un bien se destina o no para objetivos públicos no siempre es fácil, como veremos con mayor detalle al comentar las disposiciones al efecto pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas (2005).

II. El Derecho español sobre la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados extranjeros

4. El Derecho español sobre de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ha experimentado cambios profundos, parejos a la evolución del principio en Derecho internacional. De una

It. (1925), I, Col. 584 y ss.) y como acto *iure imperii* por los franceses (Gouvernement espagnol c. Casaux, 22 de enero de 1849, Dalloz, 1849, 1) y de Estados Unidos (Kingdom of Roumania v. Guarantee Trust Co. of New York, 240 Fed. 341 (1918).

parte, la inmunidad de jurisdicción activa (demanda de un Estado extranjero ante tribunales españoles) ha sido tenida en cuenta tanto por la Ley Orgánica del Poder Judicial (1985), que, como vimos, dispone que la jurisdicción de los tribunales españoles «se exceptúa en los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por el Derecho Internacional» (artículo 21.1 y 2) como por la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000) (artículo 36.2)¹².

También se ocupa nuestro Ordenamiento jurídico de la inmunidad de jurisdicción pasiva (cuando sea España el Estado demandado ante los tribunales de otro). Inicialmente, se contó con el Real Decreto 1654/1980, de 11 de julio, sobre el Servicio de lo Contencioso del Estado en el extranjero¹³, cuya exposición de motivos aceptaba que la inmunidad de jurisdicción del Estado español ante los tribunales extranjeros admitía excepciones¹⁴. Este texto fue derogado por el Real Decreto 997/2003, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado¹⁵, modificado posteriormente por Real Decreto 247/2010, de 5 de marzo¹⁶. El nuevo texto, podría decirse, oscurece para un observador exterior el Derecho español respecto de lo que transmitía el viejo decreto 1654 (1980), pues en él se adopta un enfoque puramente orgánico-institucional, hurtándose el enunciado de pautas de actuación y la identificación de los criterios aplicables por el Estado español; el nuevo Decreto se limita a remitir a las decisiones pertinentes que adopte el Ministro de Asuntos Exteriores¹⁷. Ha podido afirmarse en este sentido que la nueva disposición «supone un claro retroceso» en este aspecto, si la comparamos con el Real Decreto de 1980 al que deroga¹⁸.

5. La jurisprudencia española se ha inclinado finalmente por la tesis de la inmunidad restringida desde las STS de 10 de febrero y de 1 de diciembre de 1986 (Sala 6ª)¹⁹. Estas resoluciones son más discutibles en cuanto a la inmunidad de ejecución, pues en ellas se condiciona la aplicación de las sentencias a la existencia de acuerdos bilaterales o prácticas internacionales sujetas, además, al principio de reciprocidad, desconocido en la práctica interna e internacional existente; además, aun de admitirse la ejecución, no se precisa sobre qué bienes o derechos podría recaer²⁰. El tema se aclaró en parte posteriormente cuando la ejecución de la STS de 1 de diciembre de 1986, que había condenado a África del Sur por el despido improcedente de una de sus secretarías en su embajada en Madrid, dio lugar a la presentación por ésta, ante la imposibilidad de obtener la ejecución de la condena, de un recurso de amparo ante el TC. Este, en su sentencia 107/1992, de 1 de julio, llegó a la «doctrina» siguiente:

- El Derecho internacional no impone la inmunidad de ejecución absoluta (FJ 5º). Ésta es relativa, basándose en la distinción entre bienes destinados a actividades *iure imperii* e *iure gestionis*, pero los bienes de las misiones diplomáticas y consulares son inmunes a la ejecución (Convenios de Viena de 1961 y 1963).
- Entre los bienes de las misiones diplomáticas deben incluirse las cuentas corrientes bancarias de la Embajada, puesto que la práctica internacional contemporánea «exceptúa claramente de toda medida de ejecución las cuentas corrientes bancarias de la Embajada» (FJ 5º).

¹² «Los Tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforma a las normas del Derecho Internacional Público» (Ley1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE de 8 de enero de 2000).

¹³ BOE de 16 de agosto de 1980.

¹⁴ Y también lo recogían los artículos 7, 8 y 16.

¹⁵ BOE de 7 de agosto de 2003.

¹⁶ BOE de 6 de marzo de 2010.

¹⁷ Vid. fundamentalmente sus artículos 32.2, 34.a), 35.2 y 41.3.

¹⁸ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *Sistema de Derecho Internacional Público*, Cizur Menor (Navarra), Civitas y Thomson Reuters, 2011, p. 88.

¹⁹ Sobre la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros en España hasta 1986, vid. F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, «La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, pp. 63-99 (pp. 64-70).

²⁰ Sentencia de 10 de febrero de 1986, considerando 5º. En los mismos términos se expresaba la sentencia citada de 1 de diciembre de 1986.

- Otros bienes del Estado al que se demanda sí pueden ser objeto de ejecución, cubriendo la inmunidad de ejecución sólo a aquellos que estén destinados a la realización de actos *iure imperii*. Correspondería en cada caso al juez ejecutor determinar, conforme a nuestro Ordenamiento, de entre los bienes de los que sea titular el Estado, cuáles están destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que se actúa de la misma manera que un particular²¹.

Sentencias posteriores confirman la tendencia, volviendo a insistirse en la idea de que «cuando en una determinada actividad o... en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como... el interno desautorizan que se inejecute una sentencia; en consecuencia, una decisión de inejecución supondría en tales casos una vulneración del artículo 24.1 CE». Así, el Tribunal Constitucional español (2002) ha determinado, por ejemplo, la embargabilidad de las cantidades correspondientes a la devolución del IVA, por entender que las mismas provenían tanto de actividades públicas como de actividades privadas (comerciales o de cooperación), no estando protegidas, estas últimas, por la inmunidad²². Y más recientemente aún, el Tribunal Supremo (2009) rechaza el recurso interpuesto por los Estados Unidos de América contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que confirmó la viabilidad del embargo decretado por un juzgado de Bilbao respecto de las devoluciones del IVA de las Agencia Tributaria a los Estados Unidos para hacer frente al pago de las indemnizaciones por despido improcedente de dos empleados del consulado de ese país en la ciudad vasca, y, citando el auto 112/2002 del TC anteriormente apuntado, afirma:

«Lejos de ello [se refiere a la comisión del error judicial argumentado por el demandante] lo que hizo la sentencia impugnada fue una interpretación perfectamente posible, razonada y coherente de la implicación de tales preceptos [entre otros el artículo 32.3º de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas] en relación con unos bienes muy singulares, las devoluciones del impuesto sobre el valor añadido, que en absoluto están directamente comprendidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 o en la Convención sobre Relaciones consulares de 24 de abril de 1963, pues lo esencial para la Sala del País Vasco, y para el Juzgado de instancia, consistía en que de tales preceptos no se desprende necesariamente esa inembargabilidad. Además los razonamientos jurídicos de la sentencia se extienden a la ausencia de acreditación por parte del Estado recurrente, de que esas devoluciones estuviesen vinculadas con actividades que supusieran el ejercicio de *ius imperio*, por lo que tenían la condición de devoluciones de impuestos, o beneficios fiscales ligados a actividades de gestión»²³.

En todo caso se sigue manteniendo la absoluta inmunidad de los bienes de las Misiones Diplomáticas y Consulares, cuentas corrientes incluidas²⁴. El Tribunal Supremo confirma en este punto, y lo hace a conciencia, la doctrina del Constitucional:

«Y ya en concreto, por ello hay que proclamar la inembargabilidad de las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en el territorio nacional afectados al desenvolvimiento de la actividad ordinaria de las misiones diplomáticas y consulares, constituye la práctica internacional generalizada, de la que se deriva que la inmunidad de los Estados y de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares en materia de ejecución impide que la ejecución forzosa pueda dirigirse, dentro de los bienes que las misiones diplomáticas y consulares puedan tener en el Estado del foro, contra aquellas cuentas corrientes. Y ello incluso si las cantidades depositadas en Entidades bancarias puedan servir también para la realización de actos en lo que no está empeñada la soberanía del Estado extranjero, esto es, a la realización de actividades *iure gestionis* a las que puede no alcanzar la ratio de la inmunidad de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares. Esta eventualidad de que una cuenta corriente destinada a asegurar el funcionamiento de la misión diplomática y consular del Estado extranjero pueda ser utilizada también para fines comerciales no justifica la exclusión de esa inmunidad de ejecución y consecuente inembargabilidad, tanto por el carácter único e indivisible del saldo de la cuenta corriente, como por la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos en una cuenta corriente adscrita a una misión diplomática, lo que supondría una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a las reglas del Derecho Internacional Público»²⁵.

²¹ La STC 18/1997, FJ 6º señala la importancia que al respecto cobra la colaboración con los poderes públicos del Estado del foro y, en especial, de su Ministerio de Asuntos Exteriores.

²² ATC 112/2002, de 1 de julio.

²³ STS (Sala de lo Social, sección 1ª) de 22 de junio de 2009, f.j. quinto (RJ\2009\6059).

²⁴ STC 176/2001, de 17 septiembre FJ 2º (BOE de 19 octubre 2001).

²⁵ Auto TS (Sala de lo Civil) de 13 de junio de 2005 (RJ 2005/7041).

Las decisiones del Tribunal Constitucional español, también del Tribunal Supremo, sobre la inembargabilidad de las cuentas corrientes de embajadas y en su caso otras instalaciones gubernamentales de un Estado extranjero mencionadas se alinean con las decisiones análogas de los tribunales de otros Estados (Alemania, Reino Unido). Esta tendencia facilitará, sin duda, el que los afectados se encuentren con el muro de la inmunidad de ejecución, después de haber sorteado y vencido los obstáculos que supone la de jurisdicción, de manera que el propio Tribunal Constitucional ha propuesto vías de solución alternativas: en primer lugar, que el particular ponga en conocimiento del Ministerio de AAEE la cuestión, para que éste exija al Estado extranjero el cumplimiento de sus funciones; en segundo lugar, ejercer la protección diplomática (si procede, puesto que se precisa la existencia de un hecho internacionalmente ilícito imputable al Estado demandado) o, en tercer lugar, la posibilidad de que se presente la reclamación oportuna ante los tribunales extranjeros²⁶.

Vías de escape posibles, sí, pero poco satisfactorias pues limitados son los casos en que podrán plantearse, de modo que lo más normal será que el particular afectado por la conducta de un Estado extranjero no encuentre manera de resarcirse, aun siendo justa su pretensión y la compensación merecida. Surge entonces la duda de si su derecho a la tutela judicial efectiva se ha respetado, pero parece que incluso en este caso ha vencido (de momento y salvo sentencias aisladas) la inmunidad de ejecución. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado que la inmunidad prevalece sobre el derecho de acceso a un tribunal independiente e imparcial consagrado en el artículo 6.1 del Convenio de Roma²⁷. En el ámbito del Derecho español, nuestro TC ha reconocido también que el derecho de toda persona a una tutela judicial efectiva «ni [le] garantiza la solvencia de los deudores, ni impide la aplicación del régimen de inmunidad de ejecución de ciertos bienes de los Estados extranjeros», pero sí ha recordado a los jueces su deber de extremar la diligencia en asegurarse que no hay bien alguno del Estado extranjero que pueda ser objeto de medidas de ejecución²⁸.

En todo caso, al menos para la víctima, una opción preferible a esta situación sería sin duda la ya sugerida en la STC 107/1992: la asunción por el Estado del foro del deber de satisfacer la obligación judicialmente declarada y no ejecutada (FJ 3º), lo que acaso pueda efectuarse invocando la responsabilidad patrimonial de la Administración a la que se refieren la Constitución Española vigente y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimientos Administrativo Común²⁹. Y, de no ser posible o mientras no se resuelvan ciertas cuestiones que habría que abordar (¿deberá probarse la relación de causalidad entre el daño sufrido por el particular y la [in]acción de la Administración o estamos hablando de una responsabilidad absolutamente absoluta de esta?), quizás lo más práctico fuera el establecimiento de un Fondo de Compensación a estos efectos³⁰.

6. Conviene advertir ya, desde otra perspectiva, que el Derecho español permite la adopción de medidas provisionales de naturaleza coercitiva sobre bienes de un Estado extranjero si no antes del fallo (artículo 18 de la Convención de Naciones Unidas) sí antes de que la sentencia condenatoria sea firme³¹.

Y también que no exige, para proceder a la ejecución de bienes de un Estado extranjero, que los bienes en cuestión tengan un nexo con la entidad contra la que el proceso se ha incoado (artículo 19 de la Convención de Naciones Unidas)³².

²⁶ FJ 3º STC 1 de julio de 1992 y FJ 10º; STC 140/1995.

²⁷ Sentencias Al-Adsani v. Reino Unido (nº 35763/97), Fogarty v. Reino Unido (asunto nº 37112/97) y McElhinney v. Irlanda (asunto nº 31253/96), todas ellas de 21 de noviembre de 2001.

²⁸ STC 18/1997, de 10 de febrero.

²⁹ Artículos 106 de la Constitución y 139.1 de la Ley de 26 de noviembre de 1992 (BOE del 27).

³⁰ Vid. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, «El estatuto internacional del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)», en A. MANGAS MARTÍN (Dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho internacional público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 91-223 (p. 133); J. FERRER LLORET, «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, pp. 3-61 (pp. 58-60); F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, «La inmunidad de ejecución de los Estados...» cit. (nota 19), pp. 90-91.

³¹ STC 292/1994, de 27 de octubre.

³² STC 107/1992, f.j. quinto y STC 292/1994, f.j. cuarto.

7. Nuestro país ha decidido finalmente adherirse a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes que abordaré en los apartados sucesivos. El Consejo de Ministros lo acordó en febrero³³, en marzo la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados emitió el preceptivo dictamen concediendo al Gobierno la autorización previa al tratarse de un tratado de los relacionados en el artículo 94.1 de la Constitución española vigente sin proponer declaración ni reserva alguna y el Congreso de los Diputados aprobó por asentimiento dicho dictamen³⁴, el Senado comunica a principios de abril que no se han formulado propuestas de enmienda de ningún tipo (ni declaraciones ni reservas por entendernos) y, finalmente, el Senado da cuenta de su autorización el 8 de abril del presente año³⁵.

Hasta la fecha, el Gobierno español no ha dado cuenta de haber depositado ante el Secretario General de Naciones Unidas el instrumento de adhesión ni la Convención se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado³⁶. Si finalmente lo hace, España será, probablemente, como veremos en un apartado ulterior el Estado número 12 de los vinculados a la Convención.

A mi entender y por las razones que apuntaré en un apartado sucesivo, se trata de un paso positivo.

III. La Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y sus bienes

1. Génesis

8. La elaboración de este tratado ha consumido no pocos años de trabajo y ha implicado la intervención de órganos de Naciones Unidas diferentes.

9. La Comisión de Derecho Internacional comenzó sus trabajos de codificación y desarrollo progresivo de este tema en 1978, al crear un grupo de trabajo, presidido por el tailandés Sompong Sucharitkul, que fue designado después Relator Especial. Sus informes, permitieron a la Comisión aprobar, en primera lectura, un Proyecto de artículos en 1986³⁷. En 1987, se nombra como Relator Especial al Sr. Motoo Omiso, que condujo la segunda lectura del Proyecto. El texto final, que tiene en cuenta las observaciones formuladas por los Estados al alcanzado en primera lectura así como los debates que tuvieron lugar en la Sexta Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas, se adopta por la Comisión en 1991³⁸.

El Proyecto definitivo de artículos (1991), para el que la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su Estatuto, recomendar a la Asamblea General que convocase a una conferencia internacional de plenipotenciarios para estudiarlo y celebrar una convención sobre el tema³⁹, adoptó la tesis de la inmunidad de jurisdicción restringida, es decir, que el texto proclama como regla general que

³³ Referencias del Consejo de Ministros (viernes 4 de febrero de 2011): Acuerdo por el que se autoriza la adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y se dispone su remisión a las Cortes Generales (<http://www.lamoncloa.gob.es>).

³⁴ Dictamen de la Comisión 110/000247, Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, serie C: Tratados y Convenios internacionales, 15 de marzo de 2011, nº 293-2 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura*, p. 1); *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanentes. Sesión plenaria nº 219 celebrada el miércoles 16 de marzo de 2011*, año 2011, IX Legislatura, nº 231, p. 40 y Congreso de los Diputados, aprobación por el Pleno, dictamen 110/000247..., 16 de marzo de 2011, serie C..., nº 293-3 (*BOCG. Congreso de los Diputados. IX Legislatura*, p. 1).

³⁵ Propuestas (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, IX Legislatura*, nº 43, 5 de abril de 2011, p. 4); el Pleno del Senado autoriza el 6 de abril de 2011 la adhesión española a la Convención (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, IX Legislatura*, nº 46, 8 abril 2011, p. 74).

³⁶ Hasta hoy, sábado 20 de agosto de 2011.

³⁷ «Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su trigésimo octavo período de sesiones», *Anuario de la CDI*, 1986, volumen II (Segunda Parte), pp. 7-23.

³⁸ «Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer período de sesiones», *Anuario de la CDI*, 1991, volumen II (Segunda Parte), pp. 12-67.

³⁹ «Informe...», *Anuario de la CDI 1991*, volumen II (Segunda Parte), p. 13 (párrafo 25).

los Estados y sus bienes gozan de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de un Estado extranjero y solo en el caso de excepciones tasadas (artículos 7-17) dicho principio no se aplica.

Es un hecho, enfatizado por el internacionalista austriaco que se implicó, como apuntaré enseguida, en la segunda fase de elaboración de lo que luego sería Convención de Naciones Unidas, que:

«a lo largo de todo el proceso de elaboración de este proyecto, se prestó particular atención al respeto de la práctica y a los intereses de los Estados, que han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre el texto y de proponer las correcciones que juzgaban necesarias. Los intereses de los países en vías de desarrollo se tuvieron particularmente en cuenta»⁴⁰.

Y sin embargo, los Estados que formaban parte de la Sexta Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas no aprobaron el texto que les presentó la Comisión. Por el contrario, crearon un grupo de trabajo en el seno de la misma, presidido por el brasileño R. Calero-Rodrigues, para estudiar más en profundidad ciertas cuestiones, y decidieron examinar de nuevo ulteriormente la convocatoria o no de una conferencia de plenipotenciarios⁴¹.

10. Desde 1992 a 1994, el grupo de trabajo se centró sobre algunas cuestiones esenciales intentando alcanzar un compromiso generalmente aceptable sobre ellas. No se consiguió, decidiendo la Asamblea General suspender las negociaciones hasta 1997⁴².

En 1998, la Asamblea General estableció, en el seno de la Sexta Comisión, un nuevo grupo de trabajo al que se encargó el año siguiente de examinar las cuestiones de fondo sobre las que no había acuerdo. Al mismo tiempo invitó a la Comisión de Derecho Internacional a presentar observaciones sobre aquéllas⁴³. Esta creó un grupo de trabajo bajo la presidencia del internacionalista austriaco GERHAD HAFNER, que volvió a debatir las cuestiones esenciales objeto aún de disputa y finalizó su Informe con un apéndice en el que se daba cuenta a la Sexta Comisión de la evolución que en la práctica se iba observando sobre 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. Este informe se anexó al Informe que la Comisión de Derecho Internacional presenta a la Asamblea General anualmente⁴⁴.

La Asamblea General convirtió en Comité Especial este grupo de trabajo, bajo la misma Presidencia⁴⁵, que finalmente pudo alcanzar un acuerdo sobre el texto de la Convención, incluido un «entendimiento sobre la interpretación de ciertas disposiciones de la Convención»⁴⁶.

11. La Asamblea General adoptó por asentimiento un 2 de diciembre de 2004 su resolución 59/38 (Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes).

La Convención quedó abierta a la firma desde el 17 de enero de 2005 hasta el 17 de enero de 2007 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York (artículo 28).

Entrará en vigor 30 días después del depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. A primeros de agosto del presente 2011, once (11) Estados han depositado

⁴⁰ G. HAFNER Y L. LANGE: «La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens», *Annuaire Français de Droit International*, vol. L (2004), pp. 45-76 (p. 47).

⁴¹ Resolución 46/55, Examen del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, 9 de diciembre de 1991, párrafo 4, letras a y b.

⁴² Para una exposición más detallada de los trabajos en esta fase, G. HAFNER y L. LANGE: «La Convention des Nations Unies...» cit. (nota 40), pp. 48-49.

⁴³ A/RES/53/98, de 8 de diciembre de 1998. Se dio así a la Comisión la posibilidad de volver a trabajar sobre la cuestión sin llevar a cabo una tercera lectura formal del Proyecto de artículos, situación, esta, no prevista en el procedimiento de codificación adoptado en su día por la Asamblea General.

⁴⁴ «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. Véase también el párrafo 33 de este Estudio.

⁴⁵ A/RES/55/150, de 12 de diciembre de 2000.

⁴⁶ «Informe del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes, 1-5 de marzo de 2004», *Asamblea General, Documentos oficiales, Quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n° 22 (A/59/22)*, Nueva York, Naciones Unidas, 2004, pp. 1-24.

ante el Secretario General de Naciones Unidas sus instrumentos respectivos de prestación del consentimiento. España lo hará, presumiblemente, en breve.⁴⁷

2. La inmunidad jurisdiccional del Estado

A) Inmunidad restringida o relativa

12. La Convención parte de principio de que los Estados, «todo Estado», «goza(n), para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otros Estados, según lo dispuesto en la presente Convención» (artículo 5). Esta dispone después determinadas excepciones a la regla general.

Siendo esto así, todo Estado tiene el deber de abstenerse de ejercer su jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado, teniendo incluso que velar «por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado» (artículo 6).

13. La inmunidad de jurisdicción no es absoluta. De una parte, sí puede invocarse en ciertos supuestos que la Convención recoge y a los que me referiré enseguida; pero de otro y naturalmente, la inmunidad de jurisdicción puede ser objeto de renuncia por el Estado en cuestión. Renuncia tanto expresa como tácita:

— De manera expresa, un Estado puede renunciar por tratado internacional, por contrato escrito o mediante una declaración ante el tribunal de otro Estado o comunicación escrita en un proceso determinado (artículo 7).

Es interesante advertir que estas exigencias de la Convención de las Naciones Unidas no son vinculantes para el Estado del foro, que podrá imponer reglas más estrictas para entender prestado el consentimiento⁴⁸.

— El consentimiento tácito se entiende prestado cuando el Estado extranjero incoa él mismo el proceso o interviene realizando cualquier acto en relación con el fondo (artículo 8.1). Aunque no se considerará prestado, si el Estado extranjero interviene en un proceso solo con el fin de invocar su inmunidad o de hacer valer un derecho o interés sobre los bienes objeto del litigio (artículo 8.2) o uno de sus representantes comparece en calidad de testigo ante los tribunales de otro Estado (artículo 8.3).

Por último, si un Estado incoa o interviene en un proceso ante tribunales de otro no puede invocar su inmunidad frente a una demanda reconvenional que se base en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal (artículo 9.1 y 2). Y si el Estado extranjero formula una reconvenión en un proceso incoado contra él ante los tribunales de otro Estado tampoco podrá invocar su inmunidad ante ese tribunal en lo relativo a la demanda principal (artículo 9.3).

B) Las «excepciones»

14. Las excepciones a la regla general, según la cual los Estados tienen inmunidad de jurisdicción, se enumeran por la Convención básicamente en su tercera parte, que se ocupa de los «procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer» (artículos 10-17). La CDI, al adoptar en 1991 su Proyecto definitivo de artículos, evitó utilizar términos como los de «límites» o «excepciones» en aras de un compromiso frente a las tesis enfrentadas a propósito del fundamento y naturaleza de la inmunidad, pero como a la postre el párrafo primero del preámbulo de la Convención parece inclinarse por una de esas tesis⁴⁹ me ha parecido correcto emplear el término de «excepción».

⁴⁷ Vid. párrafos 7 y 23 del presente Estudio.

⁴⁸ «Informe de la CDI... cuadragésimo tercer...», *Anuario CDI 1991*, vol. II, Segunda Parte, cit. (nota 38), p. 29 (comentario 11 al artículo 7).

⁴⁹ Así, para algunos Estados la inmunidad del Estado era un principio de Derecho internacional consuetudinario que tenía

15. Partiendo pues del principio de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros (artículos 5 y 6.2), la Convención señala como excepciones de carácter dispositivo, es decir, si los Estados interesados no convienen otra cosa, las siguientes:

1ª) Las transacciones mercantiles con una persona física o jurídica (no estatal en todo caso), salvo pacto en contrario de las partes (artículo 10.2.b)⁵⁰. La Convención enumera una serie de contratos (artículo 2.1.c), determinando que, a efectos de la calificación de un acto como «transacción mercantil», debe atenderse principalmente a «la naturaleza del contrato o de la transacción» pero también a su «finalidad» siempre que así lo acuerden las partes o en la práctica del Estado del foro «tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o la transacción» (artículo 2.2). La decisión sobre los criterios a utilizar para la definición de transacción mercantil llevó su tiempo⁵¹. La fórmula finalmente acordada llegó en el 2003 como fruto de las consultas informales coordinadas por el Relator CHUSEI YAMADA en el seno del Comité especial de la Asamblea General y supone una variante de la que la CDI adoptó en su Proyecto definitivo de artículos (1991)⁵². Y es que si se tiene en cuenta únicamente el criterio de la naturaleza del acto, los supuestos en los que la aplicación de la inmunidad fuera posible se reducen considerablemente: así, si un Estado ofrece una recompensa para la captura de una persona buscada por sus autoridades, la naturaleza del acto llevaría a considerar que dicho Estado no tiene inmunidad de jurisdicción, mientras que si tenemos en cuenta el criterio del fin sí podría invocar dicho principio (...) ⁵³. La fórmula finalmente acordada se aproxima a la que se utiliza en ciertas jurisdicciones nacionales, como la francesa, en la que la determinación de la inmunidad o no depende «de la naturaleza del acto o de su finalidad» o «de la naturaleza del acto y de su finalidad»⁵⁴.

Repárese en que, en el contexto de un proceso por una transacción mercantil, la inmunidad de jurisdicción del Estado no resultará afectada (por entender que el Estado no es parte en la transacción) cuando en dicho proceso intervenga como parte en la transacción una empresa estatal u otra entidad creada por dicho Estado que estén dotadas de personalidad jurídica propia y tengan capacidad para demandar y ser demandadas y adquirir bienes, tener su propiedad o posesión y disponer de ellos, incluidos bienes que ese Estado le haya autorizado a explotar o a administrar (artículo 10.3). Esta disposición, que se introdujo en el Proyecto definitivo de artículos de la CDI (1991) fue mantenida finalmente por el Comité Especial de la Sexta Comisión, pero dio lugar a intensos debates. Fue propuesta por los Estados socialistas, que estaban modificando con rapidez su sistema económico, social y político y pasando de un sistema de economía rígida de Estado a empresas estatales con personalidad propia, que como regla general realizaban transacciones mercantiles en su propio nombre, como entidades independientes del Estado que las crea; en dichos países se articuló en este contexto la noción de «bienes de Estado separados», esto es, que los bienes de una empresa estatal eran distintos de los del Estado por razón de la

algunas excepciones, reconocidas como tales por la práctica; para otros soñ embargo, la inmunidad del estado se limitaba a algunos ámbitos solo por lo que no podría ser calificada de regla general (...) («Informe de la CDI...», *Anuario CDI 1991*, volumen II, Segunda Parte cit. [nota 38], p. 35, párrafo 1 de los comentarios a la Parte III).

⁵⁰ M. GÓMEZ JENE, «Inmunidad y transacciones mercantiles internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, nº 1, pp. 155-178.

⁵¹ Para un breve pero actual e interesante recorrido por la jurisprudencia comparada sobre la aplicación de los criterios de la «naturaleza» y de «finalidad», vid. M. GÓMEZ JENE, «Inmunidad y transacciones mercantiles...» cit., pp. 161-164.

⁵² Vid. en este sentido las observaciones de G. HAFNER Y L. LANGE, «La Convention des Nations Unies...» cit (nota 40), pp. 58 y 55.

⁵³ Sentencia de 1 de noviembre de 2006, *José Guevara v. Perú*, Tribunal de Apelación del distrito 11 (Estados Unidos), núm. 05-16235.

⁵⁴ Respectivamente, sentencia de 20 de junio de 2003, Cour de Cassation, Mme. Naira X c- École saoudienne de Paris et Royaume d'Arabie Saoudite, *Révue Générale de Droit International Public*, tomo 107, nº 4, 2003, pp. 1002-1008 (anotada por F. POIRAT; también R. DE GOUTTES, «A propos de l'immunité...» cit. [nota 7], pp. 121-122); y sentencia de 20 de septiembre de 2006, Cour de Cassation, Société Prony habitations c. Guinée Bissau et Mme. Marie Regina Da Costa Gómez, *Révue Générale de Droit International Public*, tomo 110, nº 4, 2006, pp. 971-972 (nota de G. LE FLOCH). La diferencia de terminología (el «y» en vez de «o») entre las decisiones de 2006 y 2003 no ha merecido concreción doctrinal mayor («sans que l'on sache si le changement mineur apporté est significatif», P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit International Public*, LGDJ, Paris, 2009, 8ª edición, p. 500).

personalidad jurídica propia de aquella entidad. La solución no satisfizo a algunos Estados occidentales, que temían que ciertos Estados intentasen una limitación de su responsabilidad, en perjuicio de las otra parte en una transacción comercial, mediante la creación de empresas estatales poco capitalizadas para la conclusión de este tipo de actos⁵⁵. La disposición se mantuvo, pero se decidió su inclusión en el «Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención» que forma parte, como anexo, de la misma; en él se establece que el párrafo 3 del artículo 10:

«no prejuzga la cuestión del ‘levantamiento del velo de la persona jurídica’, las cuestiones relativas a una situación en que una entidad estatal haya hecho deliberadamente una exposición falsa de su situación financiera o haya ulteriormente reducido su activo para evitar el pago de una deuda, ni otras cuestiones conexas».

En consecuencia, que el problema de en qué casos concretos se puede «levantar el velo» no parece haberse resuelto, por lo que habrá que esperar a la práctica. Y es que no (me) parece que las palabras del grupo de trabajo, creado por la CDI el 7 de mayo de 1999 (2569ª sesión) y presidido por G. HAFNER, sean suficientemente precisas para arrojar una luz definitiva al respecto:

«Para poder considerar los actos de una entidad como actos de una institución del Estado es necesario que exista una relación jurídica entre el Estado y la entidad de que se trate. Si no se puede demostrar esa relación, no será posible «penetrar el velo» para tener acceso a los bienes de la institución»⁵⁶

2ª) Los contratos de trabajo, salvo en los casos siguientes (artículo 11):

- a) Que el trabajador haya sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público. El alcance de esta excepción se fue restringiendo desde su incorporación, en 1989, al Proyecto de artículos de la CDI en primera lectura («funciones en el ejercicio del poder público»), pasando por el texto en segunda lectura de 1991 («funciones estrechamente ligadas al ejercicio del poder público»). La fórmula finalmente adoptada en la Convención («contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público») incluye a secretarios privados, criptógrafos, traductores, intérpretes y otras personas que ejercen funciones ligadas a la seguridad o a los intereses fundamentales del Estado⁵⁷; una propuesta de Australia para enumerar las categorías de empleados contempladas no se aceptó⁵⁸.
- b) El empleado es una persona que tiene inmunidad diplomática (agente diplomático, funcionario consular, miembro del personal diplomático de misiones permanentes ante organizaciones internacionales, de una misión especial, que haya sido designado representante de un Estado en una conferencia internacional o cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática).
- c) El empleado es nacional del Estado extranjero al iniciarse el proceso y no tiene su residencia permanente en el Estado del foro.
- d) el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador.
- e) el objeto del proceso es la rescisión del contrato y el Estado contratante determine que el proceso menoscaba sus intereses de seguridad.
- f) Si Estado empleador y trabajador han convenido por escrito otra cosa y siempre que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro no tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso.

⁵⁵ Vid. sobre esta cuestión H. HAFNER Y L. LANGE, «La Convention des Nations Unies...» cit. (nota 40), pp. 62-63; C. KESSEDIAN Y C.H. SCHREUER, «Le Projet d'articles de la CDI des Nations Unies sur les immunités des Etats», *Révue Générale de Droit International Public*, tomo 96, nº 2, 1992, pp. 299-341 (p. 325).

⁵⁶ «Informe de la CDI...», *Anuario CDI*, 1999, vol. II, 2ª Parte cit. (nota 44), pp. 170 ss. (p. 174, párrafo 73).

⁵⁷ «Informe de la CDI...», *Anuario CDI*, 1991, vol. II, 2ª Parte cit. (nota 38), p. 46 (comentario 9 al artículo 11 de su Proyecto).

⁵⁸ Doc. A/C.6/48/L.4, párrafo 63 y propuesta Q.

3ª) Las acciones de indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes causados por un acto u omisión atribuible al Estado (artículo 12). Pero para ello, esto es, para que no sea invocable la inmunidad de jurisdicción, resulta preciso que se den, cumulativamente, dos condiciones: la presencia del autor del acto u omisión en el territorio del Estado del foro y que la producción de estos tenga lugar, total o parcialmente, en ese mismo territorio. Se está pensando principalmente en los accidentes de circulación causados por el transporte de personas o bienes por carretera, ferrocarril, aire o agua, pero al mismo tiempo está redactado en términos lo suficientemente amplios para abarcar todo daño intencional, incluidos los eventuales asesinatos políticos⁵⁹; la inmunidad de jurisdicción sí jugaría en el caso de daños no materiales, esto es, daño moral, procedente de la difamación o la calumnia o que implique un perjuicio de derechos contractuales...⁶⁰. Siendo dispositiva esta excepción, no debe descartarse que los Estados pacten que ciertos incidentes originados por la presencia de efectivos militares en un Estado amigo (tráfico, trifulcas nocturnas...) no impidan la invocación de la inmunidad de jurisdicción.

La Convención de Naciones Unidas carece de una disposición como la del artículo 31 del Convenio Europeo sobre Inmunidad del Estado (1972), a tenor de la cual:

«Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux immunités ou privilèges dont un Etat contractant jouit en ce qui concerne tout acte ou omission de ses forces armées ou en relation avec celles-ci, lorsqu'elles se trouvent sur le territoire d'un autre Etat contractant».

Si a este dato añadimos que la redacción del artículo 12 que estamos comentando lo permitiría por su amplitud, pudiera pensarse que la Convención ha establecido una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado en los casos de la comisión por éste de violaciones graves de los derechos humanos. Hay un sector doctrinal que se lo ha planteado⁶¹ y de hecho, algunas de las declaraciones efectuadas por los Estados que se han vinculado a la Convención (Noruega, Suecia y sobre todo Suiza) desean dejar claro, por si acaso, que la Convención en general y su artículo 12 en particular no regulan esta problemática⁶². No es así, desde luego, como de los trabajos preparatorios en su última fase de la Convención demuestran⁶³; más en concreto, podría añadirse que durante la presentación a la Sexta Comisión del Informe del Comité Especial que intervino en la fase final de los trabajos, su Presidente, el Sr. HAFNER, dejó claro que en las negociaciones todos estaban en el entendido de que el tremass de las inmunidades en caso de actividades militares no formaban parte del objeto de la Convención⁶⁴.

4ª) Y las demás excepciones, que plantearon menos debate, hasta el punto que permanecieron inmutables desde su adopción en la segunda lectura del Proyecto de artículos de la Comisión, en 1991, a saber, no hay inmunidad de jurisdicción en los procesos:

- Para determinar los derechos u obligaciones de un Estado extranjero respecto de bienes, muebles e inmuebles, situados en el territorio del Estado del foro (artículo 13).
- Para determinar los derechos de un Estado extranjero en temas de propiedad industrial o intelectual o la lesión por este de un derecho de la misma naturaleza de un tercero en el Estado del foro (artículo 14).
- En los procesos relativos a la participación del Estado extranjero con sujetos privados en sociedades constituidas con arreglo al Derecho del Estado del foro o con su sede o establecimiento principal en él (salvo que las partes hayan pactado la inmunidad de jurisdicción en acuerdo escrito o así lo dispusiera el instrumento por el que se rija la sociedad (artículo 15).

⁵⁹ «Informe de la CDI...», *Anuario CDI 1991*, volumen II, Segunda Parte cit., p. 48 (comentario 4 al artículo 12).

⁶⁰ *Ibidem*, p. 48 (comentario 5).

⁶¹ *Vid. ad ex.* J. FINKE: «Sovereign immunity: rile, comity opr something else?», *European Journal of International Law*, vol. 21 (2010), n° 4, pp. 853-881 (pp. 862-864).

⁶² *Vid. infra* el párrafo 33 *in fine* de este Estudio.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Vid. infra* el párrafo 27 de este Estudio.

- En procesos sobre la explotación por un Estado extranjero de un buque que en el momento de iniciarse la acción se utilizara para fines que no sean un servicio público no comercial, así como los cargamentos propiedad de un Estado y su transporte en tales buques (salvo que los Estados interesados convengan otra cosa) (artículo 16).
- En los procesos que un Estado, que haya concertado por escrito con una persona natural o jurídica extranjera un convenio a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretenda interponer sobre la validez, interpretación o aplicación del convenio arbitral, el procedimiento de arbitraje o la confirmación o anulación del laudo (salvo que el convenio arbitral disponga otra cosa).

3. La inmunidad de ejecución

16. La imposición a un Estado extranjero que ha sido condenado por los tribunales del Estado del foro en un proceso en el que aquel fue demandado por un particular de eventuales medidas coercitivas para la ejecución de la sentencia fue uno de los problemas más delicados de resolver en los trabajos que condujeron a la Convención de Naciones Unidas⁶⁵. Es comprensible, pues el ejercicio de la coerción, por relativa y no armada que esta sea, es percibido por los Estados como un atentado a su soberanía y aun a su dignidad mucho más grave que el hecho de verse sometido a la jurisdicción de otro (...). De ahí, que las restricciones que al principio de inmunidad de jurisdicción se han ido consolidando no han llegado a calar del mismo modo en cuanto a la inmunidad de ejecución, última trinchera en la que la inmunidad se ha refugiado.

Esto explica el que en la práctica ambas inmunidades (jurisdicción y ejecución) se traten separadamente, lo que a su vez permite entender por qué la Convención de Naciones Unidas determina que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción por el Estado extranjero «no implicará [su] consentimiento para adoptar medidas coercitivas» (artículo 20), esto es, no supone su renuncia a la inmunidad de ejecución.

17. La Convención de Naciones Unidas es menos rígida o estricta en cuanto a la protección de la inmunidad de ejecución de lo que la práctica anterior refleja, es decir, acepta un concepto de inmunidad de ejecución restringida aunque las excepciones a esta inmunidad no lleguen tan lejos como en el caso de la jurisdicción. Una comparación, por ejemplo, entre la Convención del Consejo de Europa (1972), que excluye toda medida de ejecución forzosa que no sea consentida expresamente por escrito por el Estado extranjero (artículo 23), y las disposiciones que ahora comentaré de la Convención (2005) permite hacerse una idea clara de lo que he escrito.

Según las reglas que finalmente se adoptaron, se establece una distinción entre las medidas coercitivas anteriores al fallo, esto es, las de tipo cautelar, y aquellas que se adoptan con posterioridad al mismo y atienden pues a la ejecución de la sentencia: *En relación con las primeras*, las medidas coercitivas están prácticamente excluidas, a menos que el Estado extranjero las consienta expresamente (por tratado, acuerdo de arbitraje en un contrato escrito o mediante una declaración o comunicación escrita ante el tribunal) o cuando haya asignado bienes a la satisfacción de la demanda (artículo 18)⁶⁶; *por lo que a las medidas de ejecución de la sentencia se refieren* estas pueden adoptarse, además de cómo en el caso anterior, sobre todo bien del Estado extranjero que cumple tres exigencias: utilización o destino específico por el Estado para fines distintos de los oficiales de carácter no comercial, que se encuentren en el territorio del Estado del foro y que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso (artículo 19). Dos comentarios y un estrambote merecen estas disposiciones, la del artículo 19 sobre todo. Los comentarios:

⁶⁵ Vid. F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, «La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, julio 2006, pp. 711-736; J. FERRER LLORET, «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004...» cit. (nota 30), pp. 3-31.

⁶⁶ Vid. *supra* párrafo 6 de este Estudio.

- Uno, la Convención no precisa qué deba entenderse por medida coercitiva, limitándose a poner como ejemplo «el embargo y la ejecución» (artículo 18). Parece lógico suponer que será el Derecho del Estado del foro el que decida al respecto.
- Dos, «el nexo» que los bienes deben tener con la entidad contra la que se incoe el proceso, de acuerdo con el «Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención» anejo a la misma, «se entenderá en un sentido más amplio que el de ‘propiedad’ o ‘posesión’».

El estrambote de este soneto tiene que ver en particular con la tercera de las exigencias mencionadas también, el que los bienes deben tener un nexo con la entidad contra la que la demanda se presenta y requiere a su vez tres consideraciones:

- Este requisito se centra únicamente en la entidad demandada eliminándose la alternativa que el Proyecto de la Comisión (1991) contemplaba al requerir que el bien tuviese «alguna relación con la demanda objeto del proceso o con el organismo o institución contra el que se haya incoado el proceso»⁶⁷.
- El término «entidad», de acuerdo con el «Entendimiento» anejo a la Convención, designa tanto al Estado, como a las unidades constitutivas de un Estado federal, las subdivisiones de un Estado, los organismos o instituciones del Estado y a cualquier otra entidad que goce de personalidad jurídica independiente. En todo caso, en dicho texto se precisa igualmente que el artículo 19 «no prejuzga la cuestión del ‘levantamiento del velo de las personas jurídicas’, cuestión que se refiere al supuesto en que una entidad estatal haya tergiversado intencionalmente su situación financiera o haya reducido ulteriormente sus activos para evitar atender una reclamación» ni tampoco las demás cuestiones conexas.
- La exigencia de que los bienes en cuestión deban tener un nexo con la entidad contra la que el proceso se incoa ha sido muy criticada por un sector doctrinal, que alega su inexistencia en la práctica internacional existente⁶⁸. Tampoco en el caso de España, se ha dicho, se exige este requisito⁶⁹, cuya presencia llevaría a, por ejemplo:

«si se inicia un procedimiento judicial por despido improcedente contra una misión diplomática, no podremos ejecutar una supuesta sentencia favorable adoptando medidas coercitivas contra los bienes de la representación consular del mismo Estado que cumplieran los restantes requisitos establecidos por el artículo 19.c» (la cursiva es mía)⁷⁰.

De ahí, incluso que se haya sostenido que este aspecto «es el principal inconveniente para expresar tajantemente una opinión favorable a su [la Convención de Naciones Unidas] ratificación»⁷¹.

Para facilitar la aplicación uniforme de estas disposiciones, la Convención de Naciones Unidas enumera, blindándolos así frente a una concepción restrictiva de la inmunidad pero sin carácter exhaustivo⁷², una serie de bienes protegidos por la inmunidad de ejecución, al presumirse *iuris et de iure* su adscripción a un servicio público no comercial (artículo 21.1), caso de:

⁶⁷ Artículo 18.1.c, «Informe de la CDI...», *Anuario CDI 1991*, volumen II, Segunda Parte cit. (nota 38), p. 60.

⁶⁸ Así, para M. BYERS la única práctica estatal que apoya dicha idea está en unos pocos tratados bilaterales de carácter comercial y de inversiones, una práctica pues de escasa entidad. Para este autor, el requisito del que hablo no debería figurar en la Convención («State immunity: article 18 of the International Law Commission's Draft», *The International and Comparative Law Quarterly*, n° 4, 1995, pp. 882-893 (pp. 884, 891).

⁶⁹ *Vid. supra* el párrafo 6 de este Estudio.

⁷⁰ STC 292/1994 de 27 de octubre, *BOE* de 29 de noviembre de 1994.

⁷¹ F.J. CARRERA HERNÁNDEZ: «La inmunidad de ejecución...» cit. (nota 65), pp. 724-725.

⁷² De acuerdo con la formulación amplia del artículo 19.c, no cabe descartar la existencia de otros bienes, distintos de los relacionados en el artículo 21, que un Estado utilice o destine a servicios públicos no comerciales. En este mismo sentido, M. HERZ: «La nueva Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes. Su compatibilidad con el régimen argentino», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 10 (2005), pp. 1-21 (p. 13, nota 45).

- Los bienes, incluidas las cuentas bancarias, utilizados o destinados al desempeño de las misiones diplomáticas y oficinas consulares del Estado, misiones especiales, misiones y delegaciones ante Organizaciones y Conferencias internacionales.
- Los bienes de carácter militar o los que se utilicen o destinen para el desempeño de funciones militares.
- Los bienes del Banco Central o de otra autoridad monetaria del Estado; 4) los bienes.
- Los bienes del patrimonio cultural y de los archivos, así como los que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico (a menos que, en uno u otro caso, se hayan puesto en venta o estén destinados a serlo).

Repárese en que en la disposición mencionada cita expresamente el tema de las cuentas corrientes de embajadas o consulados en cuanto bienes susceptibles de poder ser objeto de medidas de ejecución forzosa. El hecho de que sean, en no pocos supuestos, los únicos bienes del Estado extranjero disponibles en el Estado del foro explica que los particulares que han obtenido una sentencia a su favor traten de que la ejecución de la misma se lleve a cabo con ellos. El artículo 21 de la Convención, si se lee con cuidado, no establece la inembargabilidad sistemática de dichos activos y punto; en su texto lo que se dice es que no pueden ser objeto de medidas de ejecución las cuentas bancarias «que sean utilizadas o estén destinadas a ser utilizadas en el desempeño de las funciones de la misión diplomática o de sus oficinas consulares...», *ergo* si una cuenta bancaria de una embajada o un consulado, o parte de la misma, se destina a actividades que no tienen que ver con esas funciones sí podría ser ejecutada. De algún modo, por tanto, la Convención permite, en una interpretación razonable de su artículo 21, medidas coercitivas también respecto de esas cuentas corrientes o respecto de parte de las mismas, lo cual la hace más flexible, a mi entender, que lo que la práctica jurisprudencial revela, incluida la española hasta hoy dominante, que acepta sin matices la inembargabilidad de las cuentas corrientes de embajadas y consulados, en la medida en que presenten un saldo único e indivisible, e incluso defiende «la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos en una cuenta corriente adscrita a una misión diplomática» dado que «suponía una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a la reglas del Derecho Internacional Público»⁷³. En este sentido, nuestra jurisprudencia se enmarca en la línea de la seguida por otros países, como Argentina, Alemania, Austria Bélgica, Francia, Países Bajos o Reino Unido, en las que la carga de la prueba sobre el destino privado o comercial (y por tanto abiertos a la adopción de medidas coercitivas) de los fondos de las cuentas corrientes corresponde al demandante⁷⁴.

18. Práctica reciente ha confirmado que una decisión del Consejo de Seguridad que impone a un Estado determinadas obligaciones, en cuanto medidas coercitivas que el Consejo adopta contra él en aplicación del sistema de seguridad colectiva (capítulo VII de la Carta), no priva a este de invocar el principio de inmunidad de ejecución.

En el marco del *asunto Dumez*, la Cour de Cassation francesa, sentencia de 15 de julio de 1999, y posteriormente, el 20 de febrero de 2002, la Cour d'appel de París, se pronunciaron sobre esta cuestión. En esta última decisión el tribunal llegó a mantener que las sanciones impuestas a Irak con motivo de su invasión de Kuwait por el Consejo de Seguridad impedían a este Estado invocar ante los tribunales galos su inmunidad de ejecución⁷⁵. El 25 de abril de 2006, sin embargo, la Cour de Cassation casó esta última decisión considerando, de una parte, que la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad⁷⁶ ca-

⁷³ Auto TS (Sala de lo Civil) de 13 de junio de 2005 (RJ 2005/7041). *Vid.* también párrafo 5 *supra* del presente Estudio.

⁷⁴ Baste como botón de muestra la decisión de la Cámara de los Lores británica en el *asunto Alcolm Ltd. c. Republic of Colombia* (House of Lords, 12 de abril de 1984, *All ER*, 1984, vol. 2, pp. 6-16), en la que la Cámara consideró que la inmunidad de ejecución opera solo como presunción *iuris tantum*, que la parte interesada puede levantar si demuestra que el Estado extranjero ha asignado determinadas cantidades de la misma para actividades de gestión o comercial (...). Para jurisprudencia de otros países de nuestro entorno, *vid. ad ex.* J. FERRER LLORET: «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004...» cit. (nota 30), pp. 26-27.

⁷⁵ «En enjoignant à l'Irak d'exécuter ses obligations, a, à titre punitif, affecté substantiellement la souveraineté de cet Etat en le privant de la possibilité d'invoquer le bénéfice d'une immunité d'exécution»

⁷⁶ Sobre el alcance de esta resolución del Consejo a la que, parodiando las palabras de Sadam Hussein de que un ataque de la Coalición de Estados amigos de Kuwait abriría «la Madre de todas las guerras», se la calificó de «La madre de todas las

recía de efecto directo en Derecho francés y, de otra, que no podía deducirse de los términos de la misma que el Estado de Irak hubiese perdido su derecho a prevalerse de las inmunidades, de jurisdicción y de ejecución, que el Derecho internacional consuetudinario reconoce⁷⁷.

19. Aunque no en la misma medida que en el caso de la jurisdicción, la Convención de Naciones Unidas ha aceptado la tesis de una inmunidad de ejecución restringida. Y ha conseguido así, a juicio de algún autor, un claro «éxito»⁷⁸, al encontrar el medio para lograr una solución generalmente aceptable que prevé excepciones a la antes omnimoda y absoluta inmunidad de ejecución de los Estados.

En particular, considero personalmente que de consolidarse una interpretación razonable del artículo 21 de la Convención (2005), por lo que a las cuentas corrientes de misiones diplomáticas y consulares se refiere, se habrá dado un paso ciertamente positivo.

4. Disposiciones procesales sobre la inmunidad del Estado

20. La Convención dedica su quinta parte a la regulación de determinados aspectos procesales relativos a la inmunidad de los Estados.

21. El artículo 22 determina las condiciones en las que habrá de notificarse la demanda en el proceso que se incoe contra un Estado extranjero, así como cuando debe entenderse recibida y los documentos que la acompañarán.

El artículo 23 regula la adopción de sentencias en rebeldía contra un Estado extranjero. Una de las condiciones requeridas es que este no se beneficie de la inmunidad de jurisdicción (la otra consiste en que el Estado en cuestión haya sido demandado y la demanda notificada), lo que permite entender por qué se ha afirmado que «un jugement par défaut fondé simplement sur l'absence de l'Etat ne peut donc pas être rendu»⁷⁹. Las sentencias en rebeldía, pues, serán posibles cuando el Estado extranjero haya consentido a la jurisdicción (artículos 7-9 de la Convención) o sea aplicable alguna de las excepciones examinadas a la regla general que consagra la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

Finalmente, en el artículo 24 se protege al Estado extranjero de sanciones por no conformarse al requerimiento que pudiera dirigirle el tribunal de otro Estado para realizar o abstenerse de realizar actos o presentación de documentos, indicándose que «en particular, no se condenará a ninguna multa o pena al Estado que haya incumplido o rehusado tal requerimiento» (párrafo 1). En el párrafo 2, se establece que ningún Estado estará obligado «a prestar caución, fianza o depósito sea cual sea su denominación, para garantizar el pago de las costas o gastos judiciales de cualquier proceso en que sea parte demandada ante el tribunal de otro Estado».

5. Las cláusulas finales

22. Distingamos entre aquellas disposiciones finales relativas a la entrada en vigor de la Convención y otras. Y empezaremos por las primeras.

23. La Convención determina que su entrada en vigor requiere la prestación del consentimiento de 30 Estados (artículo 30.1). Alguno de quienes estuvieron implicados en la fase final de, y decisiva para, su adopción, han comentado al respecto que este número «est assez restraint (...) pour assurer une entrée en vigueur relativement rapide»⁸⁰.

resoluciones» (dictadas por el Consejo contra Irak), *vid. ad ex.* C. GUTIÉRREZ ESPADA Y E. SILVELA DÍAZ-CRIADO, *El conflicto de Irak I*, Madrid, Ministerio de Defensa e Instituto de Estudios Internacionales y Europeos «Francisco de Vitoria» de la Universidad Carlos III de Madrid, 2006, pp. 63-71.

⁷⁷ *Révue Générale de Droit International Public*, tomo 110, nº 4, 2006, pp. 950-958 (con nota de J.D. SARCELET y presentación de F. POIRAT).

⁷⁸ G. HAFNER Y L. LANGE: «La Convention des Nations Unies...» cit. (*supra* nota 40), p. 71.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 72.

⁸⁰ G. HAFNER Y L. LANGE: «La Convention des Nations Unies...» cit. (nota 40), p. 73.

Sí y no. Sí se trata de un número no demasiado elevado que en teorías hubiera permitido una pronta entrada en vigor, pero no ha sido así. A primeros de agosto de 2011 son 11 los Estados que han prestado su consentimiento, bien es verdad que parece detectarse un cierto impulso en este sentido en los dos últimos años (3 Estados se vincularon a la Convención en 2010 y, de momento, 1 en el 2011)⁸¹.

En vigor o no, no puede, en mi opinión, negarse ya que la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes se adoptó con la ambición de constituir el fundamento del régimen jurídico-internacional universal de las inmunidades del Estado⁸², y constituye la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional Público vigente en este tema⁸³. Item más, aun sin haber entrado en vigor este tratado internacional se ha convertido en el marco jurídico internacional de referencia en materia de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados, de lo que da fe su cita constante por las más altas instancias judiciales tanto internacionales como internas⁸⁴.

24. Cuatro puntos me parece de interés abordar respecto de las otras cláusulas finales. Su artículo 25 explicita que «el anexo de la presente Convención constituye parte integrante de ella». Anexo que incorpora el ya varias veces citado «Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención». La interpretación que en dicho texto se hace de alguno de los artículos se consideró esencial por los Estados que participaron en su elaboración. De hecho, el Comité Especial que creara la Asamblea General y que culminó el texto de la Convención, dejó claro, si no en el texto mismo de su Informe sí en palabras de su mismo Presidente, que la Convención solo era aceptable con la condición de que los puntos convenidos a propósito de algunas de sus disposiciones se aceptasen⁸⁵.

El artículo 26 de la Convención nos hace saber en su carácter subsidiario respecto de otros tratados internacionales en vigor y que hayan suscrito sus Estados parte sobre esta materia. Sorprende un poco la generosidad de la cláusula, pues dada su redacción el intérprete puede llegar a la conclusión de que en caso de conflicto entre las disposiciones de la Convención y cualquier otra de un tratado internacional vigente entre las partes, se refiera en general o no a las inmunidades jurisdiccionales (por ejemplo, un tratado sobre Derecho del mar con cláusulas reguladoras de la inmunidad...), éste último debe prevalecer⁸⁶. Por ejemplo, en las relaciones entre dos Estados que son partes, ambos, tanto en el Convenio Europeo (1972) como en la Convención de Naciones Unidas (2005), aquél debe aplicarse.

La Convención incluye un procedimiento para la solución de las controversias sobre la interpretación y/o aplicación de la misma (artículo 27). No es, desde luego, el mejor de los posibles. Negociación que, si no permite resolver el problema en un plazo de seis meses, permite a cualquiera de las partes en él la solicitud de un arbitraje y, si en el plazo de seis meses no consiguen organizarlo, cualquiera de ellas puede presentar el caso ante la Corte Internacional de Justicia. Hasta aquí perfecto, de no ser porque la Convención incluye la posibilidad de todo Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella, pueda declarar no sentirse obligado por la disposición n sobre el arbitraje y la CIJ. De los 11 Estados que hasta el momento han prestado su consentimiento, dos (Arabia Saudita y la República Islámica de Irán) han hecho uso, con matices en sus respectivas declaraciones, de esta que podemos llamar reserva permitida.

Finalmente, la Convención, que pretende llevar a cabo la codificación y el desarrollo progresivo de un tema dado, incluye en sus cláusulas finales dos decisiones que no parecen razonables en un tratado de su naturaleza y que se explican probablemente por el deseo de facilitar a los Estados su

⁸¹ Austria, Noruega y Portugal (2006), Rumania (2007), República Islámica de Irán y Líbano (2008), Suecia (2009), Kazkhstan, Suiza y Arabia Saudita (2010) y Japón (2011) (...). España como sabemos puede ser el próximo habiendo sido autorizado ya el Gobierno a adherir a nuestro país a la Convención tanto por el Congreso como por el Senado (marzo y abril de 2011).

⁸² G. HAFNER Y L. LANGE: «La Convention des Nations Unies...» cit, p. 76.

⁸³ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *Sistema de DIP* cit. (nota 18), p. 87.

⁸⁴ M. GÓMEZ JENE: «Inmunidad y transacciones mercantiles...» cit. (nota 50), p. 156 (párrafo 1).

⁸⁵ Dice el Informe: «Entre los asuntos examinados cabe mencionar la relación entre el proyecto de artículos y el entendimiento...» (Informe del Comité Especial..., A/59/22 cit. [*supra* nota 46], p. 4, párrafo 9). El Sr. GERHARD HAFNER, su Presidente, lo ha explicado con más claridad: «Dans le comité, il fut établi très clairement que le texte des articles n'était acceptable que sous condition de l'acceptation de ces points» (G. HERNER Y L. LANGE: «La Convention des Nations Unies...» cit. [nota 40], p. 50).

⁸⁶ Dice así el artículo 26 (Otros acuerdos internacionales): «Lo dispuesto en la presente Convención se entenderá sin perjuicio de los derechos y deberes enunciados en los acuerdos internacionales vigentes suscritos por Estados Partes, relacionados con cuestiones a que se refiere la presente Convención».

aceptación, de que su entrada en vigor se produzca cuanto antes y de que la misma pueda alcanzar al mayor número posible de Estados vinculados por sus disposiciones: así, su artículo 31 permita la posibilidad de que los Estados partes puedan denunciarla o retirarse; y de otra, la Convención no contiene disposición alguna sobre las reservas, más allá de las declaraciones que los Estados pueden llevar a cabo excluyendo la jurisdicción del arbitraje y de la CIJ (artículo 27.4). De este modo, se ha aceptado el juego, no siempre ejemplar, de las reglas que regulan las reservas (artículos 19 y ss. del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969)⁸⁷; hasta el momento, solo 2 de los 11 Estados que han prestado su consentimiento a la Convención lo han hecho con reservas, y en los dos casos (Arabia Saudita y la República Islámica de Irán) no se trata de reservas en sentido propio, al estar previstas en la propia Convención.

6. Ámbitos excluidos de la Convención

25. El artículo 3 de la Convención excluye de su campo de aplicación las inmunidades de las misiones diplomáticas y consulares y su personal (párrafo 1), los privilegios e inmunidades *ratione personae* de los Jefes de Estado (párrafo 2) y las inmunidades de las aeronaves y objetos espaciales propiedad de un Estado u operados por él (párrafo 3). Dicho de otro modo, la Convención ha querido no aplicarse en todo caso en el que juegue otro régimen de inmunidad. Si recordamos el artículo 26 de la misma antes comentado, la Convención se declara subsidiaria respecto de cualquier otro tratado internacional «relacionado con cuestiones a que se refiere la presente Convención».

Respecto del párrafo 1, la Comisión de Derecho Internacional aclaró en sus comentarios que las inmunidades excluidas de la Convención son las que se encuentran recogidas en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (1961), sobre relaciones consulares (1963), la Convención sobre misiones especiales (1969), la Convención sobre la prevención y represión de las infracciones cometidas contra las personas que gozan de protección especial, incluidos los agentes diplomáticos (1973), y la Convención sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (1975)⁸⁸.

En relación con el párrafo 2, es de interés comentar que aunque literalmente en él solo se alude a los Jefes de Estado y no a otros representantes del Estado, el Presidente del Comité Especial que nombró la Asamblea General para concluir los trabajos preparatorios, el Sr. HAFNER ya mencionado, aclaró que ello no quería decir que las inmunidades de esos otros representantes sí debían considerarse incluidas en la Convención⁸⁹.

26. La Convención no se refiere a las actuaciones penales. Tal fue el entendido al que llegó el grupo de trabajo luego convertido en Comité Especial y así se hace constar en el Informe final de este a la Sexta Comisión⁹⁰. La resolución de la Asamblea General que aprueba la Convención e invita a los Estados a hacerse parte de ella declaró expresamente:

«su acuerdo con la interpretación general a que se llegó en el Comité Especial en el sentido de que la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes no comprende las actuaciones penales»⁹¹

Según el Presidente del Comité Especial, esta resolución forma parte del contexto de la Convención de las Naciones Unidas de conformidad con la regla general de interpretación de los tratados

⁸⁷ Sobre las mismas y las consecuencias que su aplicación pueden generar respecto de los tratados *vid. ad ex.* C. GUTIÉRREZ ESPADA Y M^a.J. CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional en la Encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, Madrid, Editorial Trotta, 2008 (2^a edición), pp. 151-160.

⁸⁸ «Informe de la CDI...», Anuario CDI 1991, vol. II, Segunda Parte cit. (nota 38), p. 22 (comentario 2 al artículo 3 de su Proyecto).

⁸⁹ Sexta Comisión, Acta de la 13^a sesión (A/C.6/59/SR. 13, 25 octubre 2004, párrafo 36).

⁹⁰ «Informe del Comité Especial...» (A/59/22) cit. (nota 46), p.3 (párrafo 11).

⁹¹ A/RES/59/38, de 2 de diciembre de 2004, párrafo 2 de la parte preambular.

codificada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969⁹². En mi opinión, y a la luz del artículo 32.2.b de la Convención de Viena dicha afirmación es correcta⁹³.

27. La inmunidad de jurisdicción y ejecución en el caso de las actividades militares quedó fuera de la Convención. Ya los comentarios al artículo 12 del Proyecto de la CDI, que regula uno de los procesos en los que la inmunidad de jurisdicción no puede ser invocada, se determina que su texto no se aplica a las situaciones de conflicto armado. Además, podría añadirse que durante la presentación a la Sexta Comisión del Informe del Comité Especial que intervino en la fase final de los trabajos⁹⁴, su Presidente, el Sr. HAFNER, dejó claro que en las negociaciones todos estaban en el entendido de que el temas de las inmunidades en caso de actividades militares no formaban parte del objeto de la Convención, refiriéndose en concreto a la cláusula de salvaguarda contenida en el párrafo quinto del Preámbulo de la misma («las normas del derecho internacional consuetudinario seguirán rigiendo las cuestiones que no estén reguladas por lo dispuesto en la presente Convención»)⁹⁵.

De los 11 Estados que han prestado su consentimiento a la Convención, Noruega, Suecia y Suiza han declarado expresamente que «La Convención no se aplica a las actividades militares»⁹⁶.

IV. ¿Qué supone pues para nuestro Derecho nuestra incorporación a este Tratado?

28. La Convención de Naciones Unidas no ha entrado en vigor aún, pero la mayoría de sus disposiciones codifican normas de Derecho internacional consuetudinario que a tal efecto pueden ser alegada y aplicadas por nuestros tribunales y demás órganos del Estado.

29. En cuanto al fondo del tema, la incorporación de la Convención a nuestro Derecho no parece forzar a que la interpretación que nuestra jurisprudencia ha venido haciendo hasta ahora sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros deba ser alterada sustancialmente. Nuestros tribunales vienen aplicando ya, como muchos otros Estados, la tesis de la inmunidad de jurisdicción restrictiva.

En lo que a la inmunidad de ejecución se refiere, nuestro país, con reglas que difieren de las de la Convención en aspectos como la posible adopción de medidas coercitivas contra bienes de Estados extranjeros antes del fallo (lo que en el artículo 18 de la misma no se permite) o como respecto de la no exigencia de que exista un nexo entre los bienes objeto de las medidas coercitivas y la entidad contra la que el proceso se ha incoado (como establece el artículo 19 de aquella), deberá decidir si presta su consentimiento con declaraciones (caso, quizás del artículo 18, como por lo demás ha hecho Noruega, uno de los 11 Estados que han prestado su consentimiento a la Convención)⁹⁷ o reservas (supuesto del artículo 19), lo cual, sí, puede plantear problemas en las relaciones con otros Estados partes que consideraron vital esas disposiciones⁹⁸, o, por el contrario, asumir los planteamientos de la Convención (...).

30. Queda pendiente la cuestión de si con la «entrada» de la Convención de Naciones Unidas en el Derecho español, sigue vigente la necesidad o la conveniencia de adoptar una legislación nacional específica, como en otros países se ha hecho, de este tema. No creo que entorpezca nada el hacerlo así, pues su elaboración nos dará tiempo y reflexión para fijar nuestra postura definitiva sobre ciertas cuestiones,

⁹² G. HAFNER Y L. LANGE, «La Convention des Nations Unies...» cit. (nota 40), p. 75.

⁹³ Sobre el contexto de un tratado y su papel en la interpretación del mismo *vid. ad. ex. C. GUTIÉRREZ ESPADA Y M^a.J. CERVELL HORTAL, El Derecho Internacional en la encrucijada... cit. (nota 87), pp. 187-188.*

⁹⁴ «Informe del Comité Especial...», A/59/22 cit.

⁹⁵ Sexta Comisión, Acta de la 13^a sesión (A/C.6/59/Sr.13), p. 6 (párrafo 36)

⁹⁶ <http://treaties.un.org>.

⁹⁷ «(...) Además, cuando queda establecido que los bienes de un Estado se utilizan en particular o están destinados a serlo por este Estado para fines distintos de los de los fines no comerciales de carácter público y se encuentran en el territorio del Estado del foro, Noruega entiende que el artículo 18 no impide que se tomen antes del fallo medidas coercitivas contra los bienes de la entidad que es objeto del proceso» (13. Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, Declaraciones y reservas, declaración de Noruega, <http://treaties.un.org>).

⁹⁸ *Vid. J. FERRER LORET: «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004...» cit. (nota 30), pp. 54-56.*

entre ellas las del eventual establecimiento de un Fondo para cubrir las indemnizaciones a los particulares cuando no se encuentren bienes de un Estado extranjero que escapen a la inmunidad de ejecución.

V. A modo de conclusión: la Convención, en todo caso, no resuelve ciertas cuestiones actualmente claves en el tema de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados⁹⁹

31. Uno de los ejemplos más representativos de la tendencia que en el mundo moderno ha aparecido de cuestionar el poder absoluto del Estado es el de la reconfiguración de la figura de la inmunidad de los Estados. Así, de una inmunidad absoluta de jurisdicción se ha pasado a la inmunidad de jurisdicción (y de ejecución) relativa tan solo.

Pero hay algo más. Incluso en los supuestos de inmunidad de jurisdicción del Estado en aplicación de la tesis restrictiva, ha aparecido con fuerza la idea de la necesidad de que los Estados puedan ser juzgados (y condenados) por un tribunal de otro cuando las actividades de imperio o no comerciales realizadas por él hubiesen supuesto la vulneración de ciertas normas particularmente relevantes del Derecho Internacional, las normas imperativas o de *ius cogens*¹⁰⁰.

32. Si las normas imperativas son de rango superior y sólo pueden ceder ante otras posteriores del mismo carácter, ¿sería consecuente afirmar que la inmunidad soberana habría encontrado un límite en ellas? *A priori*, la única respuesta lógica debiera ser la afirmativa y, sin embargo, los tribunales no siempre lo han defendido, como lo prueban algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*asunto Lechouritou*)¹⁰¹ y, sobre todo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *asunto Al Adsani*¹⁰², en el que, pese a reconocer el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura entendió (por 9 votos contra 8) que no apreciaba:

⁹⁹ Agradezco a la profesora MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL que me haya proporcionado, de cara a la redacción de este último apartado, un ejemplar del *Proyecto Investigador y docente* que presentó en el concurso de acceso a la plaza de Profesor Titular 8/2011, del área de conocimiento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales convocado por la Resolución del Rectorado de la Universidad de Murcia R-5/2011 de 10 de enero de 2011 (BOE de 21 de enero de 2011) y que ganó brillantemente. Las páginas 57 y ss. del mismo me han sido de particular utilidad a estos efectos.

¹⁰⁰ Al respecto, J.F. FLAUS, «Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme» *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 10, n° 3, 2000, pp. 299-324; L.M. KAPLAN, «State immunity, human rights and ius cogens: A critique of the normative hierarchy theory», *American Journal of International Law*, 2003, pp. 741-781; K.R. THOMAS Y J. SMALL, «Human rights and State immunity: Is there immunity from civil liability for torture», *Netherlands International Law Review*, 2003, pp. 1-30; F. POIRAT, «Les immunités des sujets du Droit International (États wet organisations internationales)», Verhoeven, J. (Dir.), *Le Droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, París-Bruselas, LGDP-Lercier, 2004, pp. 11-60 (pp. 51-60); C. ESPÓSITO MASSICCI, *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007; C. FOCARELLI: «Immunité des états et jus cogens. La dynamique du Droit International et la fonction du jus cogens dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des États étrangers», *Révue Générale de Droit International Public*, vol. 112, n° 4, 2008, pp. 761-795; J. FINKE: «Sovereign immunity: rule, comity or something else?» cit. (nota 61), pp. 853-881 (pp. 853-857, 861 ss., 866 ss., 880-881).

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de febrero de 2007, C-292/05. Al respecto, M. REQUEJO ISIDRO: «Las instituciones comunitarias ante las reclamaciones civiles por violaciones graves de derechos humanos frente al Estado», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIX, n° 1, 2007, pp. 153-174 (155 y ss.) y J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: «Inmunidades jurisdiccionales de los Estados, normas comunitarias y derechos humanos», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. XI/XII, 2007/2008, pp. 27-54.

¹⁰² *Asunto Al-Adsani v. UK*, 21 de noviembre de 2001 (n° 35763/97, 2001-XII). El Sr. Al-Adsani, con doble nacionalidad británico y kuwaití, sufrió en Kuwait una serie de torturas que denunció a su vuelta al Reino Unido ante los tribunales de este país, demandando al Gobierno kuwaití para obtener una indemnización por daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, la inmunidad que se reconoció a este Estado le impidió resarcirse de manera adecuada (la ley británica exceptuaba la inmunidad de jurisdicción sólo en casos de indemnización por muerte o lesiones si los hechos se habían producido en el Reino Unido). La sentencia contó con las opiniones disidentes de varios jueces. Sobre la misma, A. SÁNCHEZ LEGIDO: «Ius cogens, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, n° 1 y 2, 2001, pp. 313-330; H. TIGROUDJA: «La Cour européenne des droits de l'homme et les immunités juridictionnelles d'États: observations sous les arrêts McEhinney, Fogarty et Al-Adsani contr Royaume-Uni de 21 novembre 2001», *Révue Belge de Droit International*, vol. 34, n° 2, 2001, pp. 526-548; V. BOU FRANCH: «Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de ius cogens: el asunto Al-Adsani contra Reino Unido», *ADI*, vol. 18, 2002, pp. 279-303 y E. BATES: «The Al-Adasni case, state immunity and the International Legal Prohibition on Torture», *Human Rights Law Review*, vol. 2, n° 2, 2003, pp. 193-224.

«en los instrumentos internacionales, las decisiones judiciales o los otros documentos en su poder ningún elemento sólido que le permita sostener que en materia de Derecho Internacional un Estado ya no goza de inmunidad frente a una acción civil ante los jueces y tribunales de otro Estado ante los que se formulen alegaciones de tortura»¹⁰³.

La práctica de los Estados no ha hecho sino aumentar la confusión en torno a la cuestión. Así, en Estados Unidos, venciendo las reticencias de los primeros años y a la luz de ciertas decisiones de sus tribunales, se modificó en 1996 su legislación de 1976 sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros para introducir una nueva excepción a la inmunidad en casos de daños o muertes causadas por torturas o actos de terrorismo¹⁰⁴, mientras que Europa, más reticente en un principio, le ha empezado a imitar¹⁰⁵. En 2000 y 2004 dos procedimientos contra Alemania terminaron dando la razón a los demandantes en el *asunto Distomo*¹⁰⁶ ante los tribunales griegos y en el *asunto Ferrini* ante los italianos¹⁰⁷. En concreto, en este último la Corte Suprema italiana entendió que no cabía defender la inmunidad de un Estado extranjero por actos constitutivos de crímenes de guerra, alegando que si la responsabilidad penal del individuo que comete crímenes internacionales es una excepción a la norma que le otorga inmunidad, lo mismo debiera aplicarse para el Estado¹⁰⁸. El efecto extraterritorial de esta sentencia no se ha dejado sentir, sin embargo, en asuntos similares. Así, en Francia se reconocía la inmunidad de jurisdicción de Alemania ante demandas de particulares por comisión de crímenes de guerra durante la Segunda Guerra Mundial, en las que se dejaba abierta a la víctima, sin embargo, la posibilidad de acudir a los tribunales alemanes¹⁰⁹, y Canadá¹¹⁰, Reino Unido¹¹¹ y Nueva Zelanda¹¹² llegaban a conclusiones similares en diferentes decisiones.

¹⁰³ Párrafo 61 de la sentencia.

¹⁰⁴ *Vid. ad ex.* F. POIRAT: «Les immunités des sujets du Droit International...» cit. (nota 100), pp. 55-57.

¹⁰⁵ Al respecto, *vid.* A. SÁNCHEZ LEGIDO: «Ius cogens, inmunidad...» cit. (nota 102), pp. 325-326 y J. FERRER LLORET, «La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIX, nº 1, 2007, pp. 29-63 (pp. 44 y ss.)

¹⁰⁶ Un resumen de las mismas ofrecen I. BANTEKAS, *American Journal of International Law*, 1998, pp. 765-768 (sentencia de primera instancia de 30 de octubre de 2004) y M. GAVOUNELI, *American Journal of International Law*, 2001, pp. 198-204 (sentencia del TS de 4 de mayo de 2000). Respecto del asunto Distomo, los demandantes solicitaban una indemnización por la masacre causada por las tropas alemanas en la población griega de la que toma el nombre (Distomo). En 1997, el Tribunal de Leivadia les dio la razón (*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, 137/1997). El TS griego confirmó la sentencia en mayo de 2000. El Ministro de Asuntos Exteriores griego negó la aprobación necesaria para ejecutar la sentencia contra un estado extranjero (tal y como exige la normativa griega). El caso no corrió mejor suerte ante el TEDH (app. Nº 59021/00, *Kalogeropoulou v. Greece and Germany*, 12 diciembre 2002 y también el Tribunal Supremo alemán rechazó la ejecución de la sentencia en Alemania (lo que en 2006 confirmaría el Tribunal Constitucional alemán). Cuando surgió el asunto Ferrini en Italia, los demandantes del asunto Distomo iniciaron un procedimiento en Italia para ejecutar la sentencia griega contra Alemania desde allí y el tribunal les dio la razón (Corte di Cassazione, 14199, 29 May 2008).

¹⁰⁷ Sentencia del TS de 11 de mayo de 2004, disponible en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2004, pp. 539-551. El demandante solicitaba una indemnización contra Alemania por los daños sufridos cuando en 1944 fue capturado por las tropas alemanas y en Italia y deportado a ese país donde fue sometido a trabajos forzados.

¹⁰⁸ Sobre el asunto, C. FOCARELLI: «Denying foreign state immunity for commission of international crimes: the Ferrini decision», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 951-958.

¹⁰⁹ X. C. État allemand, Sentencia de la Corte de Apelación de París, 9 de septiembre de 2002 (disponible en *Annuaire Français de Droit International*, vol. XLIX, 2003, p. 724); también Bucheron c. RFA, sentencia de 16 de diciembre de 2003, Cass. Civ. 1^a, *Révue Générale de Droit International Public*, tomo 108, nº 1, 2004, pp. 259-262 (con nota de F. POIRAT) y Cour de Cassation, 1^o Cámara Civil, Giménez Expósito c. RFA, sentencia de 2 de junio de 2004 (que confirma sentencia de 29 de enero de 2003 de la Cour d' appel de Montpellier), *Révue Critique de Droit International Privé*, nº 1, enero-marzo 2005, pp. 75-89 (nota de H. MUIR WATT).

¹¹⁰ Asuntos Bouzari v. Iran (sentencia del TSJ de Ontario de 1 de mayo de 2002; véase *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XLII, 2004, pp. 607-713) y Arara v. Jordan (Sentencia del TSJ de Ontario de 28 de febrero de 2005).

¹¹¹ Asunto Jones v. Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Sudiya (Sentencia de la Corte de Apelación de Inglaterra de 28 de octubre de 2004 (en *British Yearbook of International Law*, vol. LXXV, 2004, pp. 489-504); examinado de nuevo el caso por la Cámara de los Lores, en su decisión de 14 de junio de 2006, la Cámara consideró que la decisión alcanzada en el asunto Piunochet era válida para procesos penales basados en el Convenio sobre la tortura, pero que el Derecho Internacional no obligaba al Estado a reconocer una excepción al principio de inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros en el caso de peticiones de indemnización civil aun en caso de tortura (House of Lords, session 2005-06 [2006] UKHL 26, on appeal from [2004] EWCA Civ 1394, Opinions of the Lords of appeal for judgement in the cause, *Hearing dates*: 24, 25, 26 and 27 April 2006, on Wednesday 14 June 2006, pp. 12-17 (párrafos 19-28) y pp. 18 ss. (párrafos 29 ss.)) (sobre la Opinión de los Lores puede consultarse también en *American Journal of International Law*, vol. 100, nº 4, 2006, pp. 901-907)

¹¹² Asunto Sam Fang and others v. Zemin Jiang and others, Sentencia de la High Court de Nueva Zelanda, de 21 de diciembre de 2006.

En definitiva, la inmunidad de jurisdicción permanece, pese a los avances que la defensa de la dignidad del ser humano ha logrado en otras esferas del Derecho internacional. A la vista de la jurisprudencia que emana de diferentes tribunales nacionales, resulta difícil concluir que la inmunidad de jurisdicción debe en virtud del Derecho Internacional vigente retroceder ante las violaciones graves de Derechos humanos. La CEDH, en *asunto Kalogeropoulos y otros*, en el que los afectados en el caso Dístomo y ante el reconocimiento por los tribunales griegos de la inmunidad de ejecución del Estado alemán demandan a Grecia y a Alemania, ha puesto probablemente el dedo en la lleva sobre el estado del tema en la actualidad:

«el Tribunal no considera establecido que esté ya admitido en Derecho Internacional que los Estados no puedan pretender gozar de inmunidad en caso de acciones civiles por daños--intereses por crímenes contra la humanidad que se presentan en el territorio de otro Estado (...) lo que no excluye un desarrollo del Derecho Internacional consuetudinario en el futuro»¹¹³.

Mientras, continúan las propuestas para vencer este tipo de escollos: la creación de una Corte Internacional de Derechos Humanos en la que no jugaría la inmunidad de jurisdicción del Estado, la aprobación de un protocolo a la Convención de Naciones Unidas (2005) en el que en caso de violaciones graves de los derechos fundamentales del ser humano se previese una excepción a la inmunidad estatal¹¹⁴ o la de un Protocolo, en el caso de los Estados europeos, al Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)¹¹⁵, pero son todas propuestas de *lege ferenda* cuya arribada a buen puerto no tendrá lugar (si es que se da) precisamente hoy.

A buen seguro, antes de que eso ocurra la Corte Internacional de Justicia arrojará un poco de luz sobre la cuestión. El 23 de diciembre de 2008 Alemania demandaba a Italia por violaciones reiteradas de su inmunidad jurisdiccional, mencionando expresamente la sentencia Ferrini de 2004 e, indirectamente, la sentencia Distomo¹¹⁶. El caso, de momento, ya ha empezado a mostrar su complejidad y después de que la Corte rechazara la contrarréplica de Italia por la que esta pretendía que ésta declarase la existencia de un deber de reparación para las víctimas de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad llevados a cabo por el III Reich y la violación por Alemania de su obligación de reparar a las víctimas¹¹⁷, Grecia solicitaba intervenir en el procedimiento¹¹⁸.

Determinar si la soberanía de un Estado está sometida a excepciones será el reto principal de la Corte. ¿Están los Estados dispuestos a aceptarlas?, ¿se confirmará que el *ius cogens* es una de ellas? La sentencia podría poner fin a la confusión y diversidad de pronunciamientos que, como ya he señalado, priman en los tribunales nacionales, pero la Corte no lo tiene fácil. Aceptar la inmunidad de los Estados sería socavar la jurisprudencia previa que sobre el *ius cogens* como norma suprema ella misma ha contribuido a perfilar, mientras que no hacerlo supondría acaso un peligroso precedente. ¿Cuántos procedimientos se animarían algunos afectados a iniciar de ser así? Los Estados ya han demostrado ser bastante reacios a las intrusiones en su soberanía, sobre todo si discurren ante tribunales de otros Estados, y no sólo cuando se trata de cuestiones relacionadas con la inmunidad estatal: las trabas al ejercicio del principio de jurisdicción universal en el caso de particulares acusados de crímenes internacionales son un buen ejemplo, que en España han sido además una de las causas principales para la modificación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero también

¹¹³ Decisión de Admisibilidad, de 12 de diciembre de 2002, en *el asunto Kalogeropoulos y otros c. Grecia y Alemania*.

¹¹⁴ C. ESPÓSITO MASSICCI, *Inmunidad del Estado y derechos humanos* cit. (nota 100), pp. 262, 263.

¹¹⁵ BOE de 10 de octubre de 1979. Al respecto, J. FERRER LLORET, «La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves...» cit. (nota 105), p. 59.

¹¹⁶ Y.R. ZENERE, «Inmunidad de jurisdicción en la CIJ: República Federal de Alemania v. República de Italia», RECORDIP, vol 1. (2009) (<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip>); «La relation conflictuelle entre immunité et impunité. Commentaire de l' article du Pr. Dr. Paech, 'Staatenimmunität und Kriegsverbrechen' in Archiv des Völkerrechts par Noémie Coutro-Cieslinski», Université Paris Ouest, Nanterre, La défense, pp. 1-5 (<http://m2bde.u-paris10.fr...>, consulta de 14 de agosto de 2011).

¹¹⁷ Párr. 3 del auto de la CIJ de 6 de julio de 2010, asunto de las Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania v. Italia), contrarréplica.

¹¹⁸ Lo hacía el 17 de enero de 2011, alegando un interés jurídico en la causa puesto que en su demanda Alemania hacía mención a sentencias griegas de carácter similar a las italianas, pero precisando que no pretendía convertirse en parte del asunto, sino sólo resolver las dudas que pudieran surgir a la CIJ respecto de los procedimientos abiertos en Grecia.

ha quedado patente con la resistencia de algunos Estados a aceptar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, precisamente de aquellos (de aquel) que más abierto se ha mostrado a aceptar en sus tribunales internos demandas contra Estados cuando la violación de derechos humanos estaba en juego (sí, Estados Unidos). Si la Corte decidiera finalmente negar la inmunidad, un problema técnico-jurídico añadido sería percibido por los internacionalistas, pues dado que su decisión iría contra la doctrina formulada al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se plantearía un nuevo caso¹¹⁹ de contradicción de sentencias nacidas de tribunales internacionales diferentes ¿Se arriesgará el Tribunal?

Inquietan desde luego algunas de las afirmaciones que, en su sesión de 2009, el Instituto de Derecho Internacional, reunido en Nápoles para analizar, entre otras, la cuestión de la inmunidad de jurisdicción de los Estados y de sus representantes en caso de crímenes internacionales, efectúa en la resolución aprobada¹²⁰. Dice así el artículo 4 (el dedicado a la inmunidad de los Estados) de la misma:

«En un asunto civil en el que se plantee el crimen internacional cometido por el representante de un Estado, las disposiciones precedentes [referidas a la responsabilidad de esos individuos] no prejuzgan la existencia y las condiciones de aplicación de la inmunidad de jurisdicción que ese Estado puede, dado el caso, invocar ante los tribunales de otro Estado»

33. Nada de todo esto podrá encontrarse en la Convención de las Naciones Unidas. Pese a ser aprobada por la Asamblea General en diciembre de 2004 y abierta a la firma a principios de 2005, en fechas pues en las que los debates anteriormente apuntados estaban en pleno apogeo, quienes la redactaron no quisieron saber nada del tema. Lo cual, si bien se mira, es también una respuesta. Como si dijieran en definitiva, Bastante tenemos nosotros con saber si la naturaleza del acto o su finalidad son quienes deben marcar la senda de la inmunidad y otras cuestiones conexas como para complicarnos la vida con lo del *ius cogens* (...).

Los intentos, que se hicieron, para que la Comisión de Derecho Internacional y luego la Sexta Comisión se pronunciasen sobre el tema fueron inútiles: La Comisión, en la segunda fase de los trabajos preparatorios, creó como se ha indicado un grupo de trabajo bajo la presidencia de GERHARD HAFNER, confiándose la relatoría al Sr. YUSEI YAMADA; el grupo elaboró un informe en el que decidió incluir un apéndice por el que se hacía saber a la Sexta Comisión la existencia de una práctica incipiente que veía en los violación de normas de *ius cogens* por actos de Estado una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción; en él se recogía, por ejemplo, la enmienda en 1996 por los Estados Unidos de América de su *Foreign Sovereign Immunity Act* (1976) para incluir en ella una nueva excepción a la inmunidad de los Estados extranjeros, que se refería a los supuestos en que «se demandan indemnizaciones pecuniarias a un Estado extranjero por daños corporales o muerte causados en un acto de tortura...» o se citaba el asunto PINOCHET ante la Cámara de los Lores británica (...)¹²¹. Pero la Sexta Comisión no lo tuvo en cuenta¹²². Parece razonable entender que entonces (1999) los Estados consideraron que la tendencia de la que se les informaba acerca de la emergencia de una nueva excepción a la inmunidad de los Estados era solo eso entonces, una tendencia (...).

Algunos de los 11 Estados que hasta el momento han prestado su consentimiento a la Convención han declarado expresamente entender que ésta no regula el tema de la relación entre inmunidad de

¹¹⁹ Sobre la cuestión de la «proliferación» de tribunales internacionales y del riesgo de fragmentación del Derecho Internacional, incluidos los casos que ya se han presentado de contradicción jurisprudencial, *vid. ad ex.* C. GUTIÉRREZ ESPADA Y M^a.J. CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general...* cit. (nota 87), pp. 380-381; T. TREVES, «La Corte Internacional de Justicia: Su relación con otros tribunales internacionales», en A.J. RODRIGO Y C. GARCÍA (Editores), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la comunidad internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas (Barcelona, 21-22 de mayo de 2009)*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 243-253.

¹²⁰ Disponible en http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/2009_naples_01_fr.pdf cabe la salvación del Estado. Sí, la soberanía del Estado puede verse acosada, pero se resiste con uñas y dientes a dejar la plaza (...).

¹²¹ «Informe de la CDI (...), anexo: Informe del grupo de trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes», *Anuario de la CDI*, 1999, vol. II, Segunda Parte cit. (nota 44), pp. 158 ss. (pp. 181-182, párrafos 9-12 del Apéndice al Informe del Grupo).

¹²² Convention on jurisdictional immunities of States and their property. Report of the Chairman of the Working Group *Chairman*: Mr. Gerhard Hafner (Austria), doc.: A/C.6/54/L.12, 12 noviembre 1999, pp. 1-10 (p. 7, párrafos 46-48).

jurisdicción y derechos fundamentales y que, por tanto, habrá que estar en su caso a la evolución que el mismo pueda tener en el futuro¹²³.

34. Esperaremos pues. No me atrevo a asegurar que sea así finalmente, pero intuyo al menos que muchos de los que esperan lo hacen para ver pasar el cadáver del enemigo. ¿Qué quien es el «enemigo», me preguntas?, te dejo a ti querido lector, en estos tiempos de mensajes y programas interactivos, la opción de la respuesta.

¹²³ Casos de Noruega («para Noruega, la Convención se entiende sin perjuicio de cualquier hecho nuevo que se produzca en la escena internacional en materia de protección de los derechos humanos»), Suecia («Suecia declara que para ella, la Convención debe entenderse sin perjuicio de cualquier hecho nuevo que se produzca en la escena internacional en materia de protección de los derechos humanos») y Suiza («Suiza considera que el art. 12 no regula la cuestión de las acciones de reparación pecuniaria por violaciones graves de los derechos humanos atribuibles presuntamente a un Estado y cometidas fuera del Estado del foro. En consecuencia, esta convención no prejuzga los desarrollos del Derecho internacional en este ámbito) (<http://treaties.un.org>).