

# DAÑOS CAUSADOS POR UN ESTADO EN LA COMISIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA FUERA DE SU TERRITORIO INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN, COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

*Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia  
Doctoranda en Derecho Internacional Privado*

Recibido: 21.08.2013 / Aceptado: 04.09.2013

**Resumen:** La reciente sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2012 ha cerrado las puertas a las víctimas de crímenes de guerra internacionales a una posible reclamación judicial de la indemnización por los daños sufridos ante unos Tribunales distintos de los del Estado que causó el daño. El TIJ ha indicado que en estos casos ha de apreciarse la inmunidad de jurisdicción del Estado demandado. Esta cuestión tradicionalmente controvertida se aborda en el presente estudio desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, analizando las consecuencias que tiene para las víctimas el no poder demandar ante otros Tribunales distintos de los del Estado causante del daño. Lo anterior se realiza mediante un estudio sobre la compatibilidad de la decisión del Alto Tribunal con el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, así como analizando las opciones reales que quedan a dichas víctimas después de la mencionada sentencia, evaluándose cuáles de todas ellas podrían permitir que las mismas obtuvieran la reparación que les reconoce el Derecho Internacional Humanitario.

**Palabras clave:** Inmunidad de jurisdicción, daños, responsabilidad extracontractual, Estado, competencia judicial internacional, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, víctimas, derechos humanos, actos de guerra, tutela judicial efectiva, reparación.

**Abstract:** The recent judgment of the International Court of Justice of February 3, 2012 has left no room for victims of international war crimes to a possible claim for damages before a different Court from the one of the State that caused the damage. The ICJ has stated that, in these cases, jurisdictional immunity of the sued State must be appreciated. This issue, traditionally controversial, is addressed analyzing the consequences for victims of only being able to sue before the Court of the State that caused the damage. This is done by comparing the decision of the ICJ with the right to a fair hearing of the victims and by analyzing the real options left to the victims after the mentioned decision, evaluating which of them could permit these victims to obtain the reparation to which they are entitled by international humanitarian law.

**Key words:** Jurisdictional immunities, tort, tortious liability, State, jurisdiction, crimes against humanity, war crimes, victims, human rights, acts of war, fair hearing, reparation.

**Sumario:** I. Introducción. II. Inmunidad de jurisdicción. 1. Concepto y Consideraciones Previas. 2. Fundamento. 3. Vertientes. 4. Reconocimiento jurisprudencial y regulación. 5. Configuración restrictiva. III. Inmunidad del Estado vs. actos de guerra que constituyan crímenes contra la humanidad. 1. Planteamiento tradicional: la apreciación de la inmunidad. 2. Planteamiento fruto del desarrollo del DIHumanitario: la conveniencia de posibilitar a las víctimas una reclamación civil ante los Tribunales de otros Estados. 3. Tesis sugeridas para posibilitar esa reclamación. 4. CJI en caso de que los Tribunales hayan declarado su jurisdicción sobre el asunto: especial consideración al R. 44. IV. El fallo del TIJ en la Sentencia de 3 de febrero de 2012. 1. La Sentencia. 2. Valoración. V. Compatibilidad de la STIJ con el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas. 1. La vulneración del derecho general a la tutela judicial efectiva. 2. La vulneración del derecho a un recurso efectivo en materia de derechos humanos. VI. Las opciones que quedan a las víctimas. 1. Soluciones que proporciona el DIPúb. 2. Soluciones que proporciona el DIPr. VII. Conclusiones.

## I. Introducción

1. Europa. Plena Segunda Guerra Mundial. Las tropas alemanas se disponen a hacer realidad el delirio expansivo de Hitler, dejando en su camino numerosísimas víctimas tanto civiles como militares. Ciudadanos de distintos Estados europeos son sistemáticamente aniquilados, transportados a campos de concentración, sometidos a trabajos forzados....

2. Al terminar la guerra, y pese a que la Ley Federal Alemana de 1953 de Compensación de las Víctimas de la Persecución Nacional Socialista y las altas sumas pagadas por Alemania a los distintos países<sup>1</sup> abrieron el camino a la reparación de muchas de estas víctimas, un importante número de las mismas quedó sin indemnizar. Cabe señalar que muchas de estas víctimas eran italianas, ya que en el Tratado de Paz de 1947, el Estado Italiano había renunciado en nombre de sus nacionales a cualquier reclamación frente a Alemania. Pese a que unos nuevos Tratados de 1961 entre ambos países, y la ley alemana de Memoria, Responsabilidad y Futuro de 2000<sup>2</sup> intentaron solucionar el problema, quedaron sin cobertura las víctimas que habían tenido la consideración de «prisioneros de guerra»<sup>3</sup>.

3. Muchas de estas víctimas o sus herederos acudieron a los Tribunales del lugar en que se les había causado el daño para solicitar al Estado alemán indemnizaciones por daños físicos y morales, apoyándose en el principio universal de la responsabilidad de aquél que causa un daño a un tercero y alegando que habían sufrido una violación de sus derechos humanos que no podía quedar sin reparación. Estas acciones de reclamación (*transnational human rights claims*<sup>4</sup>) se encontraban con un obstáculo principal, la inmunidad de jurisdicción del Estado demandado, que los Tribunales del lugar del daño estimaban aplicable, declinando su jurisdicción para conocer de estos procesos. No obstante, ciertos tribunales griegos e italianos, replanteándose los fundamentos de dicha inmunidad, comenzaron a conocer de estos procesos y a condenar al Estado alemán, generando una especie de *forum shopping* de las víctimas, que procuraban plantear su demanda ante Tribunales de estos países, y una gran inseguridad jurídica a Alemania, que se veía expuesta a posibles embargos de sus bienes en ejecución de estas sentencias condenatorias.

4. El Tribunal Internacional de Justicia (en adelante, «TIJ») ha zanjado la cuestión con la STIJ 3 febrero 2012 «*Jurisdictional immunities of the State: Germany vs. Italy (Greece intervening)*»<sup>5</sup>, estableciendo que los Tribunales de un Estado distinto del que causó el daño no pueden conocer de estos litigios, pues quedan protegidos por la inmunidad de jurisdicción. Si bien esta sentencia ha sido ya largamente comentada, sobre todo desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, se realiza este estudio con el objeto de analizar una cuestión a la que parece que no se ha prestado atención suficiente, esto es, el análisis de las consecuencias de esta decisión del TIJ sobre los derechos de las víctimas, así como de las alternativas de reparación que siguen disponibles para las mismas.

---

<sup>1</sup> La Conferencia de Potsdam (1945) impuso a Alemania el pago de aproximadamente veinte mil millones de dólares a los aliados. Este pago se produjo fundamentalmente en especie (maquinaria, fábricas, patentes y otros bienes propiedad de ciudadanos alemanes...).

<sup>2</sup> Ley Federal de 2 agosto 2002.

<sup>3</sup> A. ORAKHELASHVILI, «Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)», *The American Journal of International Law*, vol. 106, n. 3, julio 2012, p. 609.

<sup>4</sup> Así las denomina M. REQUEJO ISIDRO, *Violaciones de derechos humanos y responsabilidad civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 20.

<sup>5</sup> Disponible en [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).

## II. La Inmunidad de jurisdicción

### 1. Concepto y consideraciones previas

5. La jurisdicción es la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que tiene atribuido un determinado órgano estatal (*facultas iurisdictionis*)<sup>6</sup>. Como tal, se trata de un presupuesto previo necesario para la competencia judicial internacional, pudiendo definirse esta última como la posibilidad de ejercer ese poder de juzgar en relación con los litigios derivados de las situaciones privadas internacionales.

6. La institución de la inmunidad del Estado es una de las excepciones a la jurisdicción, la cual implica que los Tribunales de un Estado soberano no tienen poder para juzgar a otro Estado soberano ni a sus órganos. Así, si el demandado goza de este privilegio, no hay lugar a preguntarse sobre la competencia judicial internacional, ya que estaríamos ante un asunto que versa sobre un objeto sustraído a la acción de los Tribunales de Justicia de un Estado<sup>7</sup>, se trataría de un asunto fuera de los límites de las reclamaciones privadas internacionales.

7. La inmunidad de jurisdicción es una consecuencia de la sujeción de algunas reclamaciones «particular-a-Estado» al Derecho Internacional Público. Estas reclamaciones, pese a que son privadas desde el punto de vista de quien las plantea, son públicas desde el punto de vista del reclamado, lo que tradicionalmente ha tenido más peso. No obstante, ha de apuntarse que el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Público ha ido disminuyendo con los tiempos y con ello los supuestos en que esta inmunidad de jurisdicción ha de apreciarse.

### 2. Fundamento

8. La base teórica originaria de la inmunidad era la «superioridad de la autoridad» sobre el Derecho y los Tribunales, lo cual se sostenía en la idea medieval de que dicha autoridad venía conferida por Dios. Esta inmunidad venía referida a la persona del soberano, y posteriormente se trasladó al Estado, cuando el mismo comenzó a ser reconocido como un sujeto con personalidad jurídica<sup>8</sup>.

9. A partir del siglo XVIII, cuando comenzó a entenderse que ninguna autoridad, nacional o extranjera, está por encima de la Ley y de los Tribunales<sup>9</sup>, se modificó el fundamento de la inmunidad, utilizando para ello el célebre principio de la igualdad soberana: «*par in parem non habet imperium*»<sup>10</sup>. Esto es, si todos los Estados son iguales, ninguno de ellos podrá, por medio de sus órganos, ejercer jurisdicción sobre un Estado extranjero sin su consentimiento. Además de este fundamento teórico, la doctrina ha distinguido distintas razones para la concesión de esta prerrogativa: (i) la necesidad de que los Estados sean capaces de moverse con plena libertad en el ejercicio de sus funciones<sup>11</sup>, siendo la inmunidad de jurisdicción una garantía de su independencia y (ii) la gran inconveniencia de que los

<sup>6</sup> Así lo expresa el artículo 117.3 de la Constitución Española de 1978: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 2012, p. 50.

<sup>7</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2013, p. 134.

<sup>8</sup> L. M. CAPLAN, «State immunity, Human Rights and jus cogens: a critic of the Normative Hierarchy Theory», *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 748.

<sup>9</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 134.

<sup>10</sup> Este principio data del siglo XVI, y tiene su origen en una cita de BARTOLO, *Tractatus represaliarum*, 1354, quaestio 1/3, 10: «*Non enim una civitas potest facere legem super alteram, quia par in parem non habet imperium*». Así lo proclama abundante doctrina y también la jurisprudencia: véase la Sent. de la Corte de Cass. Italiana de 5 julio 1982, *ILR*, núm. 78, pp. 120 y ss. y la Sent. Trib. Sup. Polonia 14 diciembre 1948, *ILR*, núm. 24, pp. 120 y ss.; L. OPPENHEIM, *International Law*, 1947, p. 239, S. SUCHARITKUL, *Immunities of Foreign States Before National Authorities*, Recueil de Cours, La Haya, 1976, p. 117.

<sup>11</sup> C. GUTIÉRREZ ESPADA y M. J. CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional en la Encrucijada: Curso General de Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 2008, p. 73.

Estados vayan juzgándose los unos a los otros, dado su interés común en mantener buenas relaciones entre ellos<sup>12</sup>.

### 3. Vertientes

10. La inmunidad de jurisdicción tiene dos vertientes: además de que un Estado no pueda ser juzgado ante un Tribunal de otro Estado (inmunidad de jurisdicción propiamente dicha), sus bienes tampoco podrán ser ejecutados por los Tribunales de otro Estado. A esta segunda manifestación de la inmunidad se le conoce como «inmunidad de ejecución»<sup>13</sup>. Los bienes afectados por la misma no podrán ser objeto de ningún tipo de embargo, subasta o venta por parte de los Tribunales de otro Estado, y en caso de que así se lleve a cabo, dichos actos se consideran nulos<sup>14</sup>.

### 4. Reconocimiento jurisprudencial y regulación

11. El principio de inmunidad de los Estados ha sido reconocido por la jurisprudencia de varios Estados, siendo la primera vez en el año 1812, en la sentencia *The Schooner Exchange vs. McFaddon and others*, en Estados Unidos<sup>15</sup>. Este principio ha sido también reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «TEDH») <sup>16</sup>, y más recientemente por el TIJ, en la mencionada sentencia *Jurisdictional immunities of the State: Germany vs. Italy (Greece Intervening)*, que es objeto de análisis.

12. Este reconocimiento jurisprudencial ha dado lugar a su consagración en la legislación de la mayoría de Estados. En España viene reconocido en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985<sup>17</sup>, la cual promulga la jurisdicción de los tribunales españoles sobre los juicios que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido dicha Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, y admite como excepción «los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público» (artículo 21.2). Otros Estados no solamente hacen mención al principio sino que regulan directamente los casos en que ha de apreciarse esta inmunidad<sup>18</sup>.

13. Este principio se encuentra también recogido en tratados internacionales de distinto alcance. Entre estos tratados cabe distinguir algunos con alcance regional, como es el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados (16 mayo 1972) o el Proyecto de Convenio interamericano

<sup>12</sup> L. M. CAPLAN, «State immunity, Human Rights and jus cogens: a critic of the Normative Hierarchy Theory», *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 750: «The principle *par in parem... is a distortion of the principle of sovereign equality*».

<sup>13</sup> Al respecto, A. REINISCH, «European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures», *European Journal of International Law*, vol. 17, n. 4, 2006, p.p. 803-836, esp. p. 803.

<sup>14</sup> Cfr. STSJ Madrid 16 mayo 2006, disponible en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), sobre nulidad del embargo de cuenta corriente de la Embajada de Corea en España.

<sup>15</sup> 11 US 116 (1812). En este caso se reclamaba por parte de ciudadanos norteamericanos la propiedad de un buque (la goleta Exchange) que había sido requisado por Napoleón con el fin de incorporarlo a la Marina Francesa. La sentencia afirma el principio de inmunidad del Estado francés indicando que existe una categoría de situaciones que no pueden ser juzgadas por otro Estado soberano, dada «la perfecta igualdad» entre estos, y el interés común que les induce a mantener relaciones mutuas y a prestarse servicios recíprocos. Tras este caso, el principio de inmunidad de jurisdicción pasó a recogerse en sentencias de otros Estados. En Francia, por ejemplo, se reconoció por primera vez en 1849 (Sent. Cass. Civ. 1º, 22 enero 1849).

<sup>16</sup> El TEDH ha afirmado que el principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados, además de no vulnerar el derecho a una tutela judicial efectiva, cumple con el Derecho Internacional y favorece la cortesía y las buenas relaciones entre los Estados, gracias al respeto que supone, por parte del Estado que lo aplica, a la soberanía del otro Estado (STEDH *Al Adsani and Forqaty vs. United Kingdom*, esp. párrafo 54 y *Mac Elhinney vs. Ireland*, disponible en [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

<sup>17</sup> 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).

<sup>18</sup> C. GUTIÉRREZ ESPADA y M. J. CERVELL HORTAL, *op. cit.* pp. 73-74, mencionan como ejemplos la Ley estadounidense de inmunidades soberanas extranjeras de 1976 (FSIA); la Ley británica sobre inmunidad estatal de 1978, la Ley de Singapur sobre inmunidad estatal de 1979, la Ley sudafricana sobre inmunidades de los Estados extranjeros de 1981, la Ley canadiense sobre inmunidad de los Estados de 1982, la Ley australiana sobre inmunidad de los Estados extranjeros de 1985 y la Ley argentina de 1995.

sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados (21 enero 1983), y otros con vocación universal, como el Convenio relativo a la inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (abierto a la firma el 17 enero 2005). Existen también otros Tratados sobre otras materias distintas a la inmunidad, pero que contienen disposiciones específicas sobre el tema, como puede ser la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, cuyos artículos 32, 95 y 96 hacen referencia a la inmunidad respecto de los buques de guerra que pertenezcan al Estado<sup>19</sup>.

## 5. Configuración restrictiva

**14.** Durante mucho tiempo se consideró la inmunidad como un principio absoluto, que no admitía excepción fuere cual fuere el acto origen del litigio. Sin embargo, su alcance se ha venido rebajando con el tiempo, de forma que en la actualidad existen algunos supuestos en que un Estado sí puede ser llevado a la jurisdicción de otro.

**15.** El primero de estos supuestos es el de los actos *iure gestionis*, esto es, aquellos en que el Estado actúa como una persona jurídica privada. Su origen se encuentra en el siglo XX, cuando se maximizó la intervención estatal en la economía. Si el Estado descendía al plano comercial, perdiendo «la dignidad e igualdad de un soberano»<sup>20</sup>, no podía mantener en estos casos su inmunidad jurisdiccional, pues generaría una enorme situación de desigualdad frente a la otra parte de la relación. Esta distinción, que comenzó a utilizarse por los tribunales suizos, belgas e italianos, se ha impuesto en la práctica internacional<sup>21</sup>, y ha terminado incorporándose al Derecho Internacional consuetudinario<sup>22</sup>.

**16.** De esta forma, pueden establecerse dos categorías de actos realizados por el Estado: (i) *actos iure imperii*, realizados por el Estado en ejercicio de su soberanía, respecto a estos podría invocarse la inmunidad del Estado y (ii) *actos iure gestionis*, actos que el Estado realiza como un particular, en que no está implicada la soberanía estatal, respecto de los cuales la inmunidad se desvanece. Dentro de estos actos podrían distinguirse varias categorías: transacciones mercantiles, contratos de trabajo, posesión y propiedad de inmuebles, uso de derechos de propiedad intelectual, participación en sociedades, derechos hereditarios... en definitiva, todo lo que se considere como materia civil o mercantil<sup>23</sup>. Esta distinción se trasladó también a la inmunidad de ejecución, para que los casos en que se apreciara que no concurría inmunidad de jurisdicción no fueran inejecutables. Así, la sentencia condenatoria al Estado extranjero

<sup>19</sup> C. GUTIÉRREZ ESPADA y M. J. CERVELL HORTAL, *op. cit.* p. 73.

<sup>20</sup> Con esta expresión se ha referido a la cuestión la *Cour de Cassation* francesa en varias ocasiones (véanse las Sents. Cour. Cass. Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 2 noviembre 1971 y 4 febrero 1986, disponibles en [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)).

<sup>21</sup> Tal y como indica R. DE GOUTTES en «L'évolution de l'immunité de juridiction des Etats étrangers», *Rapport annuel de la Cour de Cassation de la France*, año 2003, los países más reticentes a la implantación de esta distinción fueron Reino Unido y Estados Unidos, pero terminaron por aceptarla en los años sesenta. La teoría encontró también fuerte oposición de los países comunistas, los cuales consideraban las tareas de comercio como «actividades soberanas» del Estado. En España, la jurisprudencia se ha inclinado por esta tesis de la inmunidad restringida desde las STS de 10 de febrero y de 1 de diciembre de 1986, disponibles en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

<sup>22</sup> Así lo afirmó el TIJ en la Sentencia objeto de análisis, STIJ 3 feb 2012 «*Jurisdictional immunities of the State: Germany vs. Italy (Greece intervening)*».

<sup>23</sup> Sin embargo, la tarea de calificar una actividad del Estado como *iure gestionis* o como *iure imperii* no es sencilla. El problema principal al que se han enfrentado los Tribunales ha sido el del criterio a utilizar para dicha calificación, si el de la naturaleza del acto o el de su finalidad. Cabe traer a colación el tan citado ejemplo de las compra de material bélico: en función a su naturaleza (contrato de compraventa) el acto sería considerado como *iure gestionis*, pero en atención a su finalidad (abastecer a las fuerzas armadas), éste sería considerado como *iure imperii*. La compra fue calificada como acto *iure gestionis* por los tribunales italianos (Sent. Foro It. *Governo rumano c. Trutta*, 1926) y como acto *iure imperii* por los tribunales franceses (Sent. Cour Cass. Civ. *Gouvernement espagnol c. Casaux*, 22 de enero de 1849) y estadounidenses (Sent. T. Fed. *Kingdom of Roumania v. Guarantee Trust Co. of New York*, 1918), *apud*. C. GUTIÉRREZ ESPADA y M. J. CERVELL HORTAL, *op. cit.* p. 75. Véase también L. M. CAPLAN, «State immunity, Human Rights and jus cogens: a critic of the Normative Hierarchy Theory», *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 758.

susceptible de ejecución en relación a los bienes destinados a actividades *iure gestionis*, aunque seguirá sin serlo en relación a los destinados a actividades *iure imperii*<sup>24</sup>.

17. Además de esta excepción ya consolidada, van añadiéndose otras cuya pertenencia al Derecho Internacional general aún no ha sido confirmada, pero que se estiman por los tribunales de algunos Estados o son consagradas en algunos de los Tratados mencionados. Una de estas excepciones es la *tort exception*, o excepción de lesiones a las personas y daños a los bienes, contenida tanto en el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados<sup>25</sup> como en el Convenio relativo a la inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes de Naciones Unidas<sup>26</sup>, que se aplica independientemente de si la lesión se ha producido por un acto *iure imperii* o *iure gestionis*.

18. Estas excepciones van «estrechando el círculo» de la inmunidad y con ella de los supuestos que van quedando fuera de su resolución por el Derecho Internacional Público, y obedecen a la lógica de que hay ciertos actos del Estado que no pueden ser inatacables, pues son contrarios a los valores que priman en el orden jurídico internacional. Uno de estos supuestos, quizá el más controvertido, ha sido el de los crímenes internacionales (genocidio, tortura, trabajos forzados...) cometidos por las fuerzas armadas de un Estado en el curso de un conflicto armado, sobre el cuál se discute si ha de quedar sujeto o no a dicha inmunidad.

### III. Inmunidad del Estado vs. actos de guerra que constituyan crímenes contra la humanidad

#### 1. Planteamiento tradicional: la apreciación de la inmunidad

19. Si bien en la introducción únicamente se hace referencia a Alemania, desgraciadamente son muchos los Estados cuyas fuerzas armadas han cometido crímenes contra la humanidad en el marco de un conflicto bélico: piénsese en los campos de concentración soviéticos, en las bombas de Hiroshima y Nagasaki, en las torturas americanas en Iraq, en la esclavitud que tuvo lugar en el África colonial... Todos los actos descritos son actos de guerra, que *a priori* se encuentran cubiertos por la inmunidad, pero al mismo tiempo son crímenes contra la humanidad.

20. Su calificación como actos de guerra es la que, en principio, les proporciona la cobertura de la inmunidad de jurisdicción, y ello porque este tipo de actos se consideran de *iure imperii*, es decir, realizados en el ejercicio del poder soberano del Estado. Pero se nos plantea una pregunta: ¿todo acto realizado en el contexto de un conflicto armado entre dos Estados puede ser considerado un acto de guerra, incluso aquellos actos que no van dirigidos a objetivos militares? A pesar de la posible influencia de factores políticos<sup>27</sup>, la respuesta a esta pregunta es afirmativa: se considera acto de guerra todo acto realizado en el marco de un conflicto armado por las fuerzas armadas de un Estado, sin excluir ningún

<sup>24</sup> En la práctica, la inmunidad de ejecución sigue siendo prácticamente absoluta, dado el total blindaje de todos los bienes propiedad de las misiones diplomáticas y consulares, consagrada en el art. 22.3 del Convenio de Viena de 18 de abril de 1961 sobre relaciones diplomáticas (que dispone que «*los locales de la misión diplomática, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución*») y en el art. 34 del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares (que establece que «*los locales consulares, sus muebles, los bienes de la oficina consular y sus medios de transporte, no podrán ser objeto de ninguna requisa por razones de defensa nacional o de utilidad pública*»).

<sup>25</sup> 16 mayo 1972.

<sup>26</sup> Abierto a la firma el 17 enero 2005.

<sup>27</sup> Un ejemplo de la dificultad de calificar ciertas operaciones como actos de guerra lo tenemos en la ejecución de Bin Laden: para algunos se consideró como la eliminación de un objetivo militar válido, mientras que para otros no existían indicios suficientes como para considerar que estuviera protegido por una fuerza militar de tal nombre, y que permitieran su ejecución sin intentar previamente su detención. *Vid.* Diario el País, 5 mayo 2011, La muerte de Bin Laden: ¿acto de guerra o ejecución?: [http://elpais.com/diario/2011/05/05/internacional/1304546404\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2011/05/05/internacional/1304546404_850215.html).

acto por razón de su naturaleza o ilicitud<sup>28</sup>. De este modo, todos estos actos estarían cubiertos por la garantía de la inmunidad, por ser considerados como actos *iure imperii*, independientemente de las consecuencias que causen dichos actos. Por si existía alguna duda al respecto, el Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados excluye expresamente los actos de guerra de las excepciones a la inmunidad, aunque estos actos tengan como consecuencia algún supuesto de los tipificados como tales excepciones (como por ejemplo, la ya mencionada *tort exception*)<sup>29</sup>.

## 2. Planteamiento fruto del desarrollo del Derecho Internacional Humanitario: la conveniencia de posibilitar a las víctimas una reclamación civil ante los Tribunales de otros Estados

21. Pero la otra cara de la moneda es que estos actos también constituyen crímenes contra la humanidad. Estos crímenes constituyen violaciones graves de derechos humanos básicos o esenciales, y por lo tanto, de derechos o normas de *ius cogens*, las cuales no pueden ser derogadas bajo ninguna circunstancia, y cuya aplicación no depende de la voluntad de los Estados. Suelen enumerarse como crímenes contra la humanidad aquellos que atentan contra los cuatro derechos más fundamentales, esto es, el derecho a la vida, a la integridad física, mental y moral, a la libertad y a la irretroactividad de la ley penal<sup>30</sup>. Son ejemplos los siguientes comportamientos: ejecución sin proceso previo, abducción, tortura, detención arbitraria de cierta duración, discriminación racial, genocidio, guerra «total» –que no distinga entre objetivos civiles y militares–, y esclavitud<sup>31</sup>.

22. Según el Derecho Internacional Humanitario, la comisión de estos crímenes conlleva la obligación internacional de proporcionar a las víctimas una reparación del daño «accesible, rápida y eficaz»<sup>32</sup>. Este derecho de reparación a las víctimas viene reconocido por varios instrumentos internacionales, como el «Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos y la Lucha contra la Impunidad»<sup>33</sup>, y los «Principios y Directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y solicitar reparaciones»<sup>34</sup>.

23. Como una parte de esta reparación, los instrumentos mencionados reconocen expresamente la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a las víctimas, lo cual podrá satisfacerse por distintas vías: según los principios mencionados, el Estado habrá de *procurar* esa indemnización mediante «programas nacionales de reparación» (principio 16). Estos programas de reparación vienen regulados, y quedan dentro del ámbito del Derecho Público. Pero existen ocasiones en que la víctima no ve satisfecho su derecho a la reparación a través de estos programas especiales. Lo anterior suele ocurrir (i) porque los programas especiales exigen la acreditación de algunas condiciones y (ii) porque

<sup>28</sup> El *Ius in bello*, y concretamente en el art. 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por la totalidad de la Comunidad Internacional, nos indica qué serán «actos de guerra» las actuaciones cometidas por las fuerzas armadas de un Estado que se realicen (i) en el enfrentamiento entre dos o más Estados (ya sea que se haya declarado la guerra o incluso cuando esta no se reconozca), (ii) en los casos de ocupación total o parcial del territorio de otro Estado, aunque no se encuentre resistencia militar y (iii) en el ejercicio del derecho a la libre determinación.

<sup>29</sup> Vid. art. 31 del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados (16 mayo 1972).

<sup>30</sup> Están establecidos, tal y como indica L. DE OLIVEIRA MOLL en «Al-Adsani v United Kingdom: State Immunity and Denial of Justice with Respect to Violations of Fundamental Human Rights», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 4, núm. 2, octubre 2003, pág. 575, en el art. 4.2 del PIDCP, art. 15.2 del CEDH y en el art. 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949.

<sup>31</sup> M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.* p. 238.

<sup>32</sup> Art. 31 del «Conjunto de Principios...». Los «Principios y Directrices...» utilizan la expresión «adecuada, efectiva y rápida».

<sup>33</sup> Vid. art. 31 del *Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos y la Lucha contra la Impunidad* (CN.4/2005/102/Add.1), de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 8 febrero 2005,

<sup>34</sup> *Principios y Directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de D.I. Humanitario a interponer recursos y solicitar reparaciones* (A/RES/60/147), aprobados por la AGNU el 16 diciembre 2005.

estos programas en ocasiones no satisfacen al completo el derecho a la reparación de todos los perjuicios tanto físicos como morales de los perjudicados<sup>35</sup>. En estos casos será cuando le interesará reclamar judicialmente su indemnización.

24. En ocasiones será suficiente demandar ante los Tribunales del Estado causante del daño, pero en otras, parece que a la víctima le convendría más reclamar judicialmente ante unos Tribunales distintos. El caso más claro será el de los daños causados en otro Estado, en que a la víctima le sería más beneficioso demandar ante los Tribunales del lugar en que se cometió el daño<sup>36</sup>. Pero esta posibilidad de demandar al Estado causante de daño ante los Tribunales de un Estado distinto parece chocar de frente con el principio de inmunidad de jurisdicción: estos crímenes de guerra cometidos por el Estado se consideran actos de *iure imperii*, y quedarían por lo tanto protegidos por el privilegio de la inmunidad. En este sentido se han pronunciado distintos Tribunales tanto internos<sup>37</sup> como internacionales<sup>38</sup>, desestimando las demandas de reparación de muchas víctimas por falta de jurisdicción.

### 3. Tesis utilizadas para levantar la inmunidad y posibilitar la reclamación ante los Tribunales

25. Esta situación, en que los Estados pueden esconderse bajo el caparazón de la inmunidad cuando han cometido actos que violan los derechos humanos, no deja de ser perturbadora para algunos autores, los cuales han hecho surgir tesis críticas que defienden que la inmunidad de jurisdicción no debería operar frente a demandas por este tipo de crímenes. Estas tesis se han articulado de varias formas, siendo las siguientes sus principales manifestaciones<sup>39</sup>:

#### A) Tesis que defiende que estos crímenes del Estado no son actos *iure imperii*

26. Para algunos autores, como A. BIANCHI<sup>40</sup>, cometer crímenes internacionales no es una de las funciones del Estado, por lo que no puede considerarse como un acto en el ejercicio de su soberanía estatal. Así, estos actos no serían *iure imperii*, pero tampoco *iure gestionis*, sino que constituirían un *tertium genus* de actos no cubierto por la inmunidad<sup>41</sup>, ni por ninguna otra teoría que permitiera que el Estado escapara de la jurisdicción de los Tribunales, como la doctrina anglosajona del *Act of State*. Esta argumentación podía intuirse en las Decisiones de la *House of Lords* del caso *Pinochet*<sup>42</sup>, si bien se

<sup>35</sup> Como indica M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.*, p. 46, en ocasiones las víctimas buscan un tipo de reparación que no proporcionan los programas nacionales, como puede ser la solicitud de perdón por parte del Estado causante del daño (menciona el ejemplo de las *comfort women*, a favor de las cuales se estableció un fondo en Japón en 1995, y que rechazaron la indemnización porque reclamaban esa solicitud de perdón por el Estado).

<sup>36</sup> Según el Derecho Internacional Privado europeo, este es el foro al que tendría derecho de forma alternativa al del domicilio del demandado, si el causante del daño hubiera sido un particular; ex. art. 5.3 del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>37</sup> Como ejemplo, las citadas por el propio TIJ en la Sentencia objeto de análisis, párrafo 74: Sent. Trib. Supremo Eslovenia 8 marzo 2001, caso n. up-13/99; Sent. TPI Gante (Bélgica) *Botelberghe v. República Federal de Alemania* y Sent. TPI de Leskovac (Serbia) de 1 noviembre 2001.

<sup>38</sup> Ejemplos son la STJUE 15 febrero 2007 *Lechoritou and others vs. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, disponible en <http://curia.europa.eu> y la STEDH 21 noviembre 2001 *Al-Adsani vs. United Kingdom*, disponible en [www.echr-coe.int](http://www.echr-coe.int) (en la misma, se afirma la inmunidad de jurisdicción de Kuwait frente a la acción interpuesta por el señor Al-Adsani, ciudadano británico y kuwaití, que sufrió torturas en este último país, indicándose que no se había encontrado «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»).

<sup>39</sup> Las tesis que se exponen a continuación parten todas de considerar que la inmunidad de jurisdicción es norma consuetudinaria de Derecho Internacional. No se recogen por tanto las teorías que defendían que la inmunidad un ejercicio de «cortesía» no obligatorio para los Estados, entendiéndose que las mismas han quedado desfasadas una vez que el carácter consuetudinario del principio de inmunidad ha sido confirmado por el TIJ en su reciente Sentencia de 3 febrero 2012, tal y como se expondrá posteriormente.

<sup>40</sup> A. BIANCHI, «Immunity vs. Human Rights, The Pinochet Case», *EJIL*, n. 10, 1999, pp. 237-277.

<sup>41</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* p. 143.

<sup>42</sup> Decisiones de 25 noviembre 1998 y 24 marzo 1999, *ILR*, núm. 119, pp. 136 y ss. En las mismas, el *Appellate Committee* sostuvo que ciertos crímenes no podían sustraerse a la jurisdicción tanto penal como civil de los Estados extranjeros por la



aplicó a un anterior jefe del Estado, sin que se haya aplicado a ningún caso en que el demandado era el Estado directamente.

### B) Tesis de la renuncia implícita (*waiver exception*)

27. Según esta tesis, estos crímenes sí son actos *iure imperii*, pero al cometerlos el Estado renuncia implícitamente a su inmunidad de jurisdicción. Este razonamiento, defendido por autores como I. BROWNIE<sup>43</sup>, fue el empleado en el caso *Prefectura de Votiotia vs. República Federal Alemana*, conocido como caso *Distomo*, en que los demandantes griegos solicitaban una indemnización por los crímenes cometidos por el ejército alemán durante la ocupación de la localidad griega de Distomo. El Tribunal de Primera Instancia les dio la razón en 1997, indicando que, al cometer crímenes graves contra el Derecho Internacional, Alemania renunció de manera implícita a su derecho de inmunidad de jurisdicción frente a un Tribunal extranjero sobre el asunto en cuestión<sup>44</sup>. El Tribunal Supremo de Grecia confirmó la sentencia en el año 2000<sup>45</sup>. Sin embargo, la sentencia no pudo ejecutarse ni en territorio griego (donde no obtuvo la aprobación del Ministro de Asuntos Exteriores) ni alemán (donde fue rechazada en última instancia por el Tribunal Constitucional<sup>46</sup>), y tampoco se admitió ante el TEDH<sup>47</sup>. Tras la instrucción del caso *Distomo*, se presentó otra demanda contra Alemania por otros nacionales griegos reclamando compensación por los actos cometidos por las fuerzas armadas alemanas en la ciudad de Lidoriki en 1944 (caso *Margellos*<sup>48</sup>). Sin embargo, en este caso el Tribunal Supremo Griego determinó que, en el presente estado de desarrollo del Derecho Internacional, Alemania tenía derecho a la inmunidad.

### C) Tesis de la represalia internacional (*reprisal exception*)

28. Según esta tesis, estos crímenes del Estado sí son actos *iure imperii*, pero al mismo tiempo son actos ilegales, por lo que se permite al Estado del foro contravenir otra norma internacional como es la de la inmunidad de jurisdicción, a modo de represalia<sup>49</sup>. Esta teoría no ha tenido ninguna difusión, pues sus puntos débiles son muy evidentes: desnaturaliza la finalidad de las represalias y parte de que no apreciar la inmunidad de jurisdicción se considera una violación del Derecho Internacional.

### D) Tesis de la jerarquía normativa (*forfeiture exception*)

29. Esta tesis parte de considerar que estos crímenes, pese a ser actos *iure imperii*, constituyen violaciones de los más elementales derechos humanos y por lo tanto de normas internacionales imperativas (*ius cogens*). Estas normas se consideran en el escalón más alto de la jerarquía normativa internacional y por definición, no pueden ser derogadas más que por normas posteriores de igual carácter<sup>50</sup>, por

---

siguiente razón: «*this is so because acts which amount to international crimes can never be qualified as official acts performed by the head of state in the exercise of his functions*».

<sup>43</sup> I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, p. 340.

<sup>44</sup> M. I. DEL TORO HUERTA, «La Jurisdicción universal en material civil y el deber de reparación por violaciones graves a los derechos humanos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 2007, pp. 315-349.

<sup>45</sup> Sent. Corte Sup. De Grecia (Areios Pagos) *Prefecture of Voitoia vs. Federal Republic of Germany*, 4 mayo 2000, *ILR*, núm. 129, pp. 513 y ss.

<sup>46</sup> Sent. BVerfG, 2 BvR 1476/03 vom 15.2.2006, Absatz-Nr. (1 - 33), *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, pp. 3488 y ss.

<sup>47</sup> Auto TEDH *Kalogeropoulou vs. Greece and Germany*, ECHR, n. 0059021/00, 12 diciembre 2002, disponible en [www.echr-coe.int](http://www.echr-coe.int), en que el Tribunal afirma que «*en la actualidad no existe una norma internacional que prescriba que un Estado no goza de inmunidad de jurisdicción respecto de demandas civiles interpuestas en su contra en otro Estado por crímenes contra la humanidad*».

<sup>48</sup> Sent. Anotato Eidiko Dikastirio *Margellos v. República Federal de Alemania* (as. 6/2002), 17 septiembre 2002, *ILR*, Vol. 129, p. 525.

<sup>49</sup> J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Kluwer Internacional, La Haya, 1999, p. 193.

<sup>50</sup> Una definición de norma imperativa generalmente aceptada por la comunidad internacional es la contenida en el artículo 53 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 23 mayo 1969: «norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

lo que no pueden quedar «desactivadas» por el principio de la inmunidad de jurisdicción, que no es una norma de *ius cogens*. En definitiva, esta tesis afirma que los Estados perderían en estos casos su derecho a la inmunidad, por contravenir una norma de *ius cogens*<sup>51</sup>.

**30.** Según L. M. CAPLAN<sup>52</sup>, el origen de esta teoría se encuentra en Estados Unidos, como una reacción a la Sentencia del caso *República Argentina vs. Amerada Hess Shipping Corp.*<sup>53</sup>, en el que los demandantes reclamaban a Argentina por las pérdidas causadas por el bombardeo a un tanque de gasoil propiedad de la empresa *Amerada Hess* sito en alta mar<sup>54</sup>. Desde ese momento, la teoría tuvo una rapidísima expansión, sobre todo en Europa<sup>55</sup>, intentándose excluir a la luz de la misma la inmunidad de jurisdicción alemana por los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial.

**31.** Hasta el momento, el caso más célebre en esta dirección es el caso *Ferrini*<sup>56</sup>, planteado ante los tribunales italianos<sup>57</sup>. En este caso, el Sr. Luigi Ferrini solicitaba una indemnización contra Alemania por los daños que sufrió a partir de 1944, año en que fue capturado por las tropas alemanas en Arezzo (Italia), y deportado a un campo de concentración en Alemania, donde fue sometido a trabajos forzados. Tanto en primera instancia como en apelación se apreció que concurría inmunidad de jurisdicción, pero la *Corte di Cassazione* italiana, a pesar de considerar los actos de las tropas alemanas actos *iure imperii*, aplicó la teoría de la jerarquía normativa y entendió que el Estado alemán no estaba protegido por dicha inmunidad, por constituir los actos juzgados crímenes contra la humanidad. La Corte fue más allá, y añadió que respecto de estos crímenes existía una «regla de competencia judicial internacional de alcance universal» al margen de lo que establecieran las normas positivas, de forma que la responsabilidad civil por tales actos podía ser exigida ante los Tribunales de cualquier Estado<sup>58</sup>.

**32.** *Il principio Ferrini* rápidamente fue alegado por más de los doscientos cincuenta reclamantes que, siguiendo el precedente, se dispusieron a demandar a Alemania ante los Tribunales italianos<sup>59</sup>, o a solicitar de éstos la ejecución de sentencias condenatorias contra el Estado alemán que no llegaban a buen término en sus respectivos países. Como ejemplo, tras el caso *Ferrini*, se instó en Italia el *exequatur* de la sentencia griega del ya mencionado caso *Distomo*. La *Corte Cassazionale*, a pesar de la oposi-

<sup>51</sup> J. KOKOTT, «Missbrauch und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei gravierenden Völkerrechtsverstößen», en *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Bernhardt*, 1995, pp. 135-149 y M. REIMANN, «Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Prinz v. Federal Republic of Germany», *Michigan Journal of International Law*, núm. 16, 1994, p. 403.

<sup>52</sup> L. M. CAPLAN, «State immunity, Human Rights and jus cogens: a critic of the Normative Hierarchy Theory», *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 765.

<sup>53</sup> Sent. US Supreme Court 23 enero 1989 (488 US 428), disponible en <http://supreme.justia.com>.

<sup>54</sup> La *Supreme Court* rechazó el caso y tres estudiantes publicaron un comentario en 1991 en que defendían que las normas de inmunidad no podían prevalecer sobre las normas de derechos humanos: A. C. BELSKY / M. MERVA / N. ROTH-ARRIAZA, «Implied waiver under FSIA: a proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of International Law», *California Law Review*, vol. 77, 1989, pp. 365 y ss.

<sup>55</sup> La literatura europea está repleta de apoyos a esta teoría: vid. A. CASSESE, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 145.

<sup>56</sup> Sent. Corte Cass, Sez. Un. de 11 marzo 2004, n. 5044, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, disponible en [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>57</sup> Al respecto, C. FOCARRELLI, «Denying foreign state immunity for commission of international crimes: the Ferrini decision», *International and Comparative Law Quarterly*, n. 54, 2005, pp. 951-958; P. DE SENA / F. DE VITTOR, «State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case», *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 1, 2005, pp. 89-112.

<sup>58</sup> Esta tesis implicaría que podría conocer de la responsabilidad civil por estos crímenes cualquier Tribunal del mundo, aunque no tuviera conexión alguna con el caso en cuestión (que no fuera el Tribunal del lugar en que se cometió el daño, ni el de la nacionalidad de la víctima, ni el del Estado que cometió el daño, que serían los Tribunales que, bajo nuestro punto de vista, tendrían más conexión con el litigio). Además, tal y como apuntan A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* p. 144, podría generar casos masivos de *forum shopping*, pues las víctimas tenderían a litigar ante tribunales de países generosos con sus reclamaciones.

<sup>59</sup> F. BERTINETTI, «Immunità degli stati e crimini di guerra: la decisione della Corte internazionale di Giustizia nel caso Repubblica federale di Germania contro Repubblica italiana», *Forum di Quaderni Costituzionale*, julio de 2012.

ción alemana, les concedió parcialmente dicho *exequatur*<sup>60</sup>, llegándose a precintar bienes propiedad de la República Alemana sitos en Italia.

33. Si bien esta ha sido la tesis que ha cosechado un éxito mayor, ha de reconocerse que la misma no se ha extendido fuera de Italia: después de 2004, en Francia y Polonia se ha reconocido por las más altas instancias la inmunidad de jurisdicción de Alemania ante demandas de indemnización similares a las expuestas<sup>61</sup>, así como en varios Tribunales de Primera Instancia<sup>62</sup>. También se ha reconocido dicha inmunidad de forma posterior a esta sentencia por Tribunales de otros Estados (Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda), ante reclamaciones por crímenes de guerra cometidos por otros Estados distintos del alemán<sup>63</sup>.

#### 4. Competencia judicial internacional en el caso en que los Tribunales hayan declarado su jurisdicción sobre el asunto: especial consideración al Reglamento 44

34. En los casos en que, por alguna de las teorías anteriores, se ha considerado a un Tribunal con jurisdicción suficiente como para conocer de estas reclamaciones, la siguiente cuestión a resolver por estos Tribunales ha sido la de qué normas deberían determinar la competencia judicial internacional en relación con estas reclamaciones. En el ámbito europeo, la duda consistía en si era aplicable el Reglamento 44<sup>64</sup>. El TJCE, desde las sentencias *Eurocontrol*<sup>65</sup> y *Riiffer*<sup>66</sup>, ha venido precisando qué ha de entenderse por materia civil y mercantil a efectos del anterior Convenio de Bruselas y actual Reglamento 44. Establece como criterio que no entrarían dentro del ámbito de aplicación del Reglamento aquellos actos en que haya «intervención de una autoridad pública actuando en el ejercicio de su poder». Tal y como pone de manifiesto H. GAUDEMET-TALLON, esta distinción coincide exactamente con la que se realiza en sede de inmunidad entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*<sup>67</sup>.

35. Este criterio fue el utilizado por el Tribunal europeo en su sentencia de 15 febrero 2007, conocida como *Kalavrita*<sup>68</sup> para excluir expresamente del ámbito de aplicación del Reglamento 44 los daños causados por las fuerzas armadas de un Estado contratante en otro Estado contratante como consecuencia de crímenes internacionales. La petición de decisión prejudicial se presentó en el marco de un litigio que tenía por objeto la solicitud de reparación a la República de Alemania de los daños materiales y morales sufridos por las víctimas como consecuencia de la actuación de sus fuerzas armadas durante la ocupación de la ciudad griega de Kalavrita durante la Segunda Guerra Mundial. El Tribunal se ampara

<sup>60</sup> S. Corte Cass. 29 mayo 2008, n. 14199, disponible en [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>61</sup> Cfr. Sent. Cour App. Paris de 9 septiembre 2002 *X. c. État allemand*, disponible en *Annuaire Français de Droit International*, vol. XLIX, 2003, pp. 724 y ss; Sent. Cour Cass. Civ. 1ª de 16 diciembre 2003, *Bucheron c. RFA* y Sent. Cour Cass. Civ. 1ª de 2 junio 2004, disponible en *Révue Générale de Droit International Public*, tomo 108, nº 1, 2004, pp. 259 y ss; Sent. Cour Cass. Civ. 1ª de 2 junio 2004 *Giménez Expósito c. República Federal de Alemania*, disponible en *Révue Critique de Droit International Privé*, nº 1, enero-marzo 2005, pp. 75 y ss; Sent. T. S. Polonia 29 octubre 2010, *Natoniewski vs. República Federal de Alemania*, disponible en *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX, 2010, p. 299 y ss.

<sup>62</sup> Por ejemplo, Sent. Corte Fed. Rio de Janeiro 9 julio 2008, *Barreto vs. República Federal de Alemania*, apud. STIJ 3 febrero 2012, párrafo 74.

<sup>63</sup> Respecto a Canadá, cfr. Sent. Trib. Sup. Ontario de 1 mayo 2002, *Bouzari vs. Iran* y Sent. Trib. Sup. Ontario de 28 febrero 2005, *Arara vs. Jordan*. Respecto a Reino Unido, cfr. Sent. App. Court England de 28 octubre 2004, *Jones vs. Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Sudiya*. Respecto a Nueva Zelanda, cfr. Sent. High Court Nueva Zelanda de 21 diciembre 2006, *Sam Fang and others v. Zemin Jiang and others*; apud. STIJ 3 febrero 2012, párrafo 85.

<sup>64</sup> Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>65</sup> SSTJUE 14 octubre 1976 (as. 29/76) y 14 julio 1977 (as. 9 y 10/77). En estas sentencias estaba en juego una acción interpuesta por la organización europea de seguridad de la navegación aérea Eurocontrol contra la Compañía Alemana de Navegación, entidad de naturaleza pública. Véanse además los casos *Sonntag* (as. C-172/91), *Henkel* (as. C-167/00), *Préservatrice foncière TIARD* (as. C-266/01) y *Frahuil* (as. C-265/02).

<sup>66</sup> STJUE 16 diciembre 1980 (as. 814/79).

<sup>67</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 27.

<sup>68</sup> STJUE 15 febrero 2007 *Lechoritou and others vs. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias* (as. C-292/05).

en su jurisprudencia anterior para indicar que estas acciones de indemnización de particulares frente a un Estado contratante no se consideran materia civil, puesto que las operaciones de fuerzas armadas son manifestación de prerrogativas del poder público por una de las partes del litigio, y ello por dos razones: (i) son decididas de modo unilateral por el Estado; (ii) se encuentran ligadas a la política exterior y de defensa, a pesar de que las mismas puedan considerarse ilícitas.

**36.** En definitiva, subyace la idea de que el anterior Convenio de Bruselas y el actual Reglamento 44 son un instrumento para facilitar el mercado interior, y no para enfrentar entre sí a sus Estados miembros<sup>69</sup>. Así lo expresa la misma Sentencia: «*Estas dificultades serían indudablemente incompatibles con la lógica interna y la finalidad de dicho Convenio, que se basa en la confianza mutua de los Estados contratantes en sus ordenamientos jurídicos y en sus instituciones judiciales*». Esta sentencia ha tenido una incidencia poderosa en la redacción del Reglamento Roma II<sup>70</sup>, que sigue fielmente al TJUE. Su artículo 1.1, inciso segundo, indica expresamente que el mismo no será de aplicación a «*los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (acta iure imperii)*».

**37.** De esta forma, los Estados que quisieran declararse competentes para conocer de estas cuestiones habrían de hacerlo de acuerdo a sus normas de producción interna, así como también tendrían que aplicar al litigio sus normas de conflicto internas para determinar la ley aplicable al mismo. Así lo hizo Italia en aquellos casos en que se declaraba con jurisdicción y competencia para conocer de las demandas de condena y de ejecución de las víctimas.

**38.** Esta oleada de casos en que los Tribunales italianos se consideraban con jurisdicción y competencia frente a Alemania es lo que llevó a esta última a demandar a Italia ante el TIJ, y a solicitar al mismo que se pronunciara sobre si tales actuaciones constituían una violación de las normas de Derecho Internacional Público que establecen la inmunidad de jurisdicción.

## IV. El fallo del TIJ en la Sentencia de 3 de febrero de 2012

### 1. La Sentencia

**39.** Alemania presentaba su demanda contra Italia el 23 de diciembre de 2008, acusándole ante el TIJ de violar reiteradamente su inmunidad de jurisdicción y de ejecución en los casos expuestos (en su demanda mencionaba expresamente los casos *Ferrini* y *Distomo*). La Corte de la Haya dictó sentencia el 3 de febrero de 2012.

**40.** Para poder dictaminar si había existido o no tal violación, el TIJ tenía que determinar en primer lugar la Ley aplicable a la controversia, esto es, qué normas son las que rigen la existencia, el alcance y las excepciones de la inmunidad de jurisdicción. El TIJ se ciñe al Derecho Internacional consuetudinario, al no ser Italia parte de la mencionada Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados<sup>71</sup>. Estudiando dicho Derecho consuetudinario, esto es, basándose en la jurisprudencia de los distintos Estados, en su legislación interna, en las posturas jurídicas asumidas por los Estados ante estas demandas, así como en las opiniones manifiestas en el marco del proceso codificador que condujo a la Convención de NU de 2004<sup>72</sup>, el TIJ asume la existencia de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución

<sup>69</sup> V. GÄRTNER, «The Brussels Convention and Reparations – Remarks on the Judgment of the European Court of Justice in *Lechouritou and others v. the State of the Federal Republic of Germany*», *German Law Journal*, vol. 8, n. 4., pp. 417-442.

<sup>70</sup> REGLAMENTO (CE) No 864/2007 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

<sup>71</sup> R. GARCÍANDÍA GARMENDIA, «El Tribunal Internacional de Justicia y la Inmunidad de Jurisdicción», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, n.2, 2012, p. 282.

<sup>72</sup> J. FERRER LLORET, «La insoportable levedad del Derecho Internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la CIJ: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 24, diciembre 2012, p. 9.

del Estado extranjero como una norma general en relación a los actos *iure imperii*, apreciando la concurrencia de los dos requisitos que había exigido en otras ocasiones (por ejemplo, en los casos *North Sea Continental Shelf* de 1969<sup>73</sup>): práctica repetida y *opinio juris*<sup>74</sup>.

41. Seguidamente, el TIJ había de determinar el alcance y la extensión de dicha inmunidad<sup>75</sup>, esto es, si puede considerarse como una excepción a la misma la vulneración de normas de Derecho Internacional Humanitario en el contexto de un conflicto armado.

42. Para defender la existencia de dicha excepción, Italia utilizó como argumento principal de su defensa el que sus Tribunales habían venido exponiendo en sus Sentencias condenatorias a Alemania, esto es, la doctrina *Ferrini*. Así, defendió que no puede apreciarse la inmunidad cuando los actos del Estado constituyan contravención de normas de *ius cogens*. El TIJ, siguiendo las críticas a esta doctrina<sup>76</sup>, desestimó este argumento indicando que (i) entrar a decidir si un acto constituye un crimen contra la humanidad para apreciar la no concurrencia de inmunidad, ya supondría entrar a juzgar una cuestión que corresponde al fondo del asunto, y por lo tanto, ejercer jurisdicción, antes de haber decidido sobre si cabe o no dicha jurisdicción<sup>77</sup>; y que (ii) no existe conflicto con son normas de *ius cogens*, puesto que las normas sobre inmunidad de jurisdicción son normas procesales, mientras que las normas que prohíben la comisión de un crimen contra la humanidad son normas sustantivas, de modo que no pueden ponerse en el mismo plano<sup>78</sup>.

43. Además del argumento *Ferrini*, Italia intentó utilizar dos argumentos más, pero ambos corrieron la misma suerte desestimatoria que el primero. Por un lado, Italia alegó la aplicación a estos casos de la costumbre internacional que permite a un Estado juzgar a otro Estado extranjero cuando haya causado daños en su territorio (*exception of tort*), ante lo cual el TIJ indicó que esta costumbre no cubre los daños causados en el contexto de un conflicto armado, siendo esta la práctica habitual del resto de los Estados. El otro argumento fue el de la posibilidad de la apertura de jurisdicción como una última opción para las víctimas, a modo de *last resort*.

44. Por los argumentos expuestos, el TIJ afirma que la calificación de un acto como de *iure imperii* no se ve modificada en nada por el hecho de que estos actos sean violaciones de Derecho Internacional Humanitario<sup>79</sup>, y en consecuencia, estima que los actos cometidos por las fuerzas armadas alemanas durante la Segunda Guerra Mundial están amparados por la inmunidad de jurisdicción, y que la actuación de los tribunales italianos era contraria al Derecho Internacional. El TIJ condena a la restitución

<sup>73</sup> Vid. SSTIJ 20 febrero 1969, *Federal Republic of Germany vs. Denmark* y *Federal Republic of Germany vs. Netherlands*.

<sup>74</sup> Así, el Tribunal confirmó lo que ya había sido afirmado por la CDI en 1980: «The rule of State immunity has been adopted as a general rule of customary international law solidly rooted in the current practice of States» (Yearbook of the International Law Commission, 1980, vol. II (2), p. 147, párr. 26), desestimando las teorías que pretendían hacer de la inmunidad una prerrogativa concedida por cada Estado (vid. párrafo 15 del presente estudio).

<sup>75</sup> «It follows that the Court must determine, in accordance with Article 38 (1) (b) of its Statute, the existence of international custom, as evidence of a general practice accepted as law, conferring immunity on States and, if so, what is the scope and extent of that immunity» (párrafo 55).

<sup>76</sup> Vid. H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, p. 525: «State immunity is a procedural rule going to the jurisdiction of a national court, state immunity, does not contradict a prohibition contained in a jus cogens norm but merely diverts any breach of it to a different method of settlement. Arguably, then, there is no substantive content in the procedural plea of State Immunity upon which a jus cogens mandate can bite».

<sup>77</sup> «To the extent that this distinction is significant for determining whether or not a State is entitled to immunity from the jurisdiction of another State's courts in respect of a particular act, it has to be applied before that jurisdiction can be exercised, whereas the legality or illegality of the act is something which can be determined only in the exercise of that jurisdiction» (párrafo 60).

<sup>78</sup> En palabras del Tribunal: «The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful» (párrafo 93).

<sup>79</sup> Véase el párrafo 60 de la STIJ: «The Court considers that the terms «*jure imperii*» and «*jure gestionis*» do not imply that the acts in question are lawful but refer rather to whether the acts in question fall to be assessed by reference to the law governing the exercise of sovereign power (*jus imperii*) or the law concerning non-sovereign activities of a State, especially private and commercial activities (*jus gestionis*)».

ción íntegra del perjuicio causado al Estado alemán, lo cual comporta no sólo la cesación de los efectos de los actos actualmente en vigor, sino también la eliminación de los efectos ya producidos<sup>80</sup>.

## 2. Valoración

45. En definitiva, esta Sentencia afirma que actualmente no existe una excepción a una inmunidad de jurisdicción para los casos de violación de derechos humanos. En el fondo, el TIJ está indicando que esta cuestión aún no se ha sustraído del ámbito del Derecho Internacional Público, y que no puede sustanciarse mediante demandas civiles (lo que ocurriría, por ejemplo, en el caso de los actos *iure gestionis*, o en el caso de que concurra alguna otra excepción a la inmunidad internacionalmente aceptada, como la *tort exception*); de hecho, remite a las víctimas a los mecanismos de resolución previstos por el Derecho Internacional Público (negociación entre los Estados implicados)<sup>81</sup>. Esta Sentencia constituye un freno a una posible evolución del Derecho Internacional en el sentido de dejar más espacio a las reclamaciones privadas.

46. El fallo del TIJ tiene además incidencia directa en los derechos de las víctimas, pues por el momento acaba con toda opción de reclamar ante los Tribunales de un Estado distinto del que causó el daño<sup>82</sup>. Se ha puesto de manifiesto que esta decisión del Tribunal podría suponer una lesión a su derecho a la tutela judicial efectiva. Ya en el momento de la publicación del fallo, así lo hizo el Juez Cançado Trindade, en su voto disidente<sup>83</sup>. La lesión de este derecho no fue planteada como argumento por Italia, por lo que el TIJ no se manifestó directamente sobre la compatibilidad entre éste y la inmunidad. En cualquier caso, nada nos hace pensar que su decisión fuera en una línea distinta de las ya proporcionadas por el TEDH o por los Tribunales nacionales, que, tal y como se verá seguidamente, son favorables a hacer compatibles ambos principios.

## V. Compatibilidad de la STIJ con el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas

47. El derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas tiene dos manifestaciones distintas cuando se trata de reclamar derechos que provienen de violaciones de derechos humanos: (i) el derecho general a un «*fair hearing*», es decir, a una tutela judicial efectiva, en relación a todas las obligaciones y derechos de carácter civil de dicha víctima, y (ii) el derecho a un recurso efectivo en materia de derechos humanos. Cada uno de estos derechos ocupa un lugar distinto en el ordenamiento jurídico internacional, y recibe una protección y un tratamiento distinto, lo cual se traduce en una «resistencia» distinta ante el principio de inmunidad de jurisdicción.

### 1. La vulneración del derecho general a la tutela judicial efectiva

48. Se ha defendido que en un Estado que ampara la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, la inmunidad jurisdiccional ha de ser siempre una inmunidad condicionada a este derecho<sup>84</sup>, lo cual supondría aceptar que el mismo tiene naturaleza de norma imperativa o de *ius cogens*.

<sup>80</sup> Tal y como indica MARIA LUISA PADELLETTI, «L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle immunità dalla giurisdizione nel caso Germania c. Italia: una strada in salita?», *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 444-450, esp. p. 446, esto implica la necesidad de reabrir los procesos ya concluidos, aunque hayan adquirido la autoridad de cosa juzgada, lo cual no resulta tan sencillo a la vista del ordenamiento jurídico italiano.

<sup>81</sup> Véase el párrafo 104.II de la STIJ: «*It considers however that the claims arising from the treatment of the Italian military internees referred to in paragraph 99, together with other claims of Italian nationals which have allegedly not been settled –and which formed the basis for the Italian proceedings– could be the subject of further negotiation involving the two States concerned, with a view to resolving the issue*».

<sup>82</sup> Y lo hace de forma consciente. Véase el párrafo 104.I de la Sentencia: «*In coming to this conclusion, the Court is not unaware that the immunity from jurisdiction of Germany in accordance with international law may preclude judicial redress for the Italian nationals concerned*».

<sup>83</sup> El Juez Cançado Trindade se ha convertido en el principal defensor de un Derecho Internacional que tenga como centro el principio de respeto a los derechos humanos.

<sup>84</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.* p. 54.

**49.** A nivel internacional, el derecho a una tutela judicial efectiva no ha alcanzado una tipificación con un ámbito de aplicación universal, pero sí se encuentra recogido de forma explícita en varios Convenios regionales de Derechos Humanos, los cuales hacen extensible su aplicación a prácticamente todo el planeta<sup>85</sup>. Como es sabido, este principio también está consagrado como un derecho fundamental en la mayoría de ordenamientos jurídicos nacionales (en España, en el artículo 24 de la CE). A los casos objeto de estudio sería de aplicación directa el artículo 6(1) del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, «CEDH»)<sup>86</sup>, que tiene el tenor literal siguiente:

*«1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (...)»<sup>87</sup>.*

**50.** Podría defenderse que la decisión del TIJ colisiona con este artículo 6.1 en sus vertientes de (i) derecho de acceso a los Tribunales, (ii) derecho a litigar a unos costes proporcionados y (iii) derecho a la igualdad de medios o armas (*equality of arms*).

### **A) La vulneración de la tutela judicial efectiva en su perspectiva del derecho de acceso a los Tribunales**

**51.** Según el art. 6(1), toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial. La incompatibilidad con la inmunidad vendría dada en el supuesto de que un Tribunal se declarara sin jurisdicción para conocer de un caso cuando éste fuera la única opción de la víctima de acceder a los Tribunales.

**52.** Esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva fue reconocida por el TEDH por primera vez en la Sentencia *Golder*, de 21 febrero 1975<sup>88</sup>, en la cual el Tribunal ya apuntó que el mismo estaba sujeto a limitaciones<sup>89</sup>. Desde ese momento, la jurisprudencia del TEDH ha establecido que esas limitaciones han de superar un control de conformidad con el Convenio de Derechos Humanos, que ha de realizar el Juez del foro. Este *test* de conformidad ha de realizarse de acuerdo a las siguientes reglas: (i) la limitación ha de ser acorde con los fines del Convenio y (ii) la limitación ha de ser proporcional al fin que se pretende conseguir<sup>90</sup>.

**53.** Según el TEDH, el principio de inmunidad jurisdiccional es una limitación que cumple con los dos requisitos mencionados, pues (i) está fundada en la necesidad de salvaguardar la soberanía del Estado, y consecuentemente la paz y la justicia internacional, lo cual se enmarca en los fines del Convenio contenidos en su Considerando IV<sup>91</sup>, y (ii) lo hace de forma proporcionada<sup>92</sup>. En consecuencia, el TEDH considera la inmunidad de jurisdicción como una limitación inherente al Convenio, totalmente

<sup>85</sup> Art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 noviembre 1950; art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 22 noviembre 1969, art. 19.b de la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam (Declaración del Cairo) de 5 agosto 1990, art. 7.1 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta De Banjul) de 27 julio 1981.

<sup>86</sup> El mismo ha sido ratificado por más de 40 países, entre ellos Alemania.

<sup>87</sup> Fuente: *www.echr.coe.int*

<sup>88</sup> STEDH 21 febrero 1975, *Golder v. The United Kingdom*, (recurso núm. 4451/70). *Vid.* párrafos 35 y 36.

<sup>89</sup> *Vid.* párrafos 37 a 40.

<sup>90</sup> Así se establece en sentencias como la STEDH *Ashingdane vs. The United Kingdom*, de 1985 (párrafo 57) y en la STEDH ya mencionada *Al-Adsani* (párrafos 53 a 55), disponibles en *www.echr.coe.int*.

<sup>91</sup> «Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen».

<sup>92</sup> *Vid.* nota anterior.

compatible con el mismo. Esta es la postura que han seguido también los Altos Tribunales nacionales, que han afirmado la compatibilidad de las inmunidades jurisdiccionales en su concepción restrictiva con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en sus legislación interna<sup>93</sup>.

**54.** Nada puede objetarse a la evidencia de que el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia no es una norma absoluta, sino que admite excepciones justificadas por la Ley. Una de ellas es, por ejemplo, el establecimiento de normas de competencia, que inevitablemente tienen un efecto restrictivo sobre el derecho de acceso. Pero sí pueden presentarse objeciones a que la inmunidad de jurisdicción, cuando nos encontramos ante un caso de vulneración de derechos humanos, sea una excepción conforme a los dos requisitos exigidos. En nuestra opinión, el razonamiento expuesto por el TEDH para reconciliar inmunidad y tutela judicial efectiva queda contradicho por el propio tenor literal del Considerando IV del CEDH<sup>94</sup>. Los fines que, a juicio del TEDH, persigue la inmunidad, es decir, «la paz y la justicia mundial», han de conseguirse según dicho considerando a través de la «adhesión a estas libertades fundamentales» que consagra el Convenio, entre las que se encuentra la tutela judicial efectiva, así como el respeto a los derechos humanos que supuestamente habría violado el Estado que alega su inmunidad, y no siguiendo un camino distinto de aquél que marca el Convenio. Menos aún puede afirmarse que la inmunidad de jurisdicción promueve «un régimen político verdaderamente democrático» y «una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos»<sup>95</sup>, pues la inmunidad, por definición, tiene una consecuencia antidemocrática: supone que el Estado no ha de quedar sujeto al control de las leyes y los Tribunales.

**55.** A pesar de los intentos del TEDH por reconciliar ambos derechos, la argumentación basada en la compatibilidad de la inmunidad con los fines del Convenio no parece sostenerse. En estos casos, los Tribunales que apreciaran la inmunidad estarían denegando el acceso a la justicia en los casos en que fuera la única opción de las víctimas de acceder a un *fair hearing*. Al TIJ tampoco pareció importarle mucho esta cuestión: al pronunciarse sobre el último argumento utilizado por la defensa italiana (la excepción del *last resort*) desamparó también la tutela de las víctimas aún en los casos en que no tuvieran otra opción de obtener reparación.

**56.** El TIJ rechazó esta excepción del *last resort* indicando que entrar a evaluar si una determinada víctima ha podido acceder a por otra vía a la compensación sería «ejercer jurisdicción antes de determinar si hay jurisdicción»<sup>96</sup>. Pero este argumento ha de ceder frente a la tutela judicial efectiva. Esta argumentación parece confundir dos conceptos que son distintos: el enjuiciamiento y el razonamiento. Lo anterior se explica muy fácilmente: la jurisdicción es un presupuesto procesal, y para determinar su pertinencia siempre será necesario realizar un razonamiento lógico. Este razonamiento se realiza sin el análisis de prueba, lo cual se considera el requisito necesario para enjuiciar, por lo que no puede calificarse como un enjuiciamiento, y por lo tanto como «ejercicio de jurisdicción». Además, en caso de que así fuera, el tribunal del foro únicamente estaría «ejerciendo jurisdicción» sobre el particular, pues se trataría de analizar *sus* opciones de acceso a la reparación, sin entrar a considerar en nada los actos del Estado causante del daño. Además, el propio Tribunal no considera que este «ejercer jurisdicción» ya se estaría produciendo cada vez que se estudia si cabe apreciar la inmunidad, al calificar un acto como de *iure imperii* o de *iure gestionis*. Como se ve, en caso de que el razonamiento empleado por el TIJ fuera

<sup>93</sup> En España, la cuestión de la compatibilidad entre el art. 24 CE y las inmunidades jurisdiccionales se ha planteado ante el TC en cuatro ocasiones: STC 107/1992, de 1 julio; STC 292/1994, de 27 octubre; STC 140/1995, de 28 septiembre y STC 176/2001 de 17 septiembre. El TC cierra así la puerta a la postura que había sido mantenida por el Tribunal Supremo, más crítica con la inmunidad (SSTS 10 febrero y 1 diciembre 1986).

<sup>94</sup> Vid. nota 100.

<sup>95</sup> Vid. nota anterior.

<sup>96</sup> «Moreover, if a lump sum settlement has been made –which has been the normal practice in the aftermath of war, as Italy recognizes– then the determination of whether a particular claimant continued to have an entitlement to compensation would entail an investigation by the court of the details of that settlement and the manner in which the State which had received funds (in this case the State in which the court in question is located) has distributed those funds» (párrafo 102).



válido, la inmunidad del Estado debería ser absoluta, sin que pudiera levantarse la misma en casos de actuación *iure gestionis*.

57. De esta forma, podría afirmarse que el TIJ, al desechar la opción del *last resort*, estaba desechando también la protección del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas en su vertiente de acceso a los Tribunales, al igual que lo hizo en su momento el TEDH, y pese a que, por lo expuesto, pueda defenderse que la inmunidad vulnera este derecho.

## **B) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su perspectiva del derecho a litigar a unos costes proporcionados**

58. El derecho a la tutela judicial no se ve solamente vulnerado en los casos en que no haya otros Tribunales ante los que plantear la demanda, sino también cuando existan otros Tribunales ante los que dicha demanda pudiera plantearse, si los mismos suponen a la víctima unos costes desproporcionados para litigar. Así lo declaró el TEDH en su Sentencia de 9 octubre 1979 *Airey vs. Ireland*<sup>97</sup>. La incompatibilidad con la inmunidad vendría dada cuando la víctima frente a la que se aprecia la inmunidad de jurisdicción únicamente tuviera como alternativa la de litigar ante los tribunales del Estado en que causó el daño, pues implicaría someter al demandante a diligencias irrazonables, cargas excesivas o costes desproporcionados para poder ejercitar su derecho.

59. Podría afirmarse que en estos casos se produce una lesión de la tutela judicial efectiva porque además se produce una flagrante desigualdad entre las reclamaciones «nacionales» y las «internacionales», a favor de las primeras. En los casos en que una víctima de los crímenes de un Estado haya sufrido los daños en el país de dicho Estado, no tiene que desplazarse para efectuar su reclamación, enfrentándose además a una jurisdicción conocida. Sin embargo, cuando el caso se internacionaliza, se obliga a la víctima a litigar ante un Estado que no es aquél en que se causó el daño, con todo lo que ello puede suponerle. Esta desigualdad ocurre igualmente si se analiza desde la perspectiva del Estado incumplidor: al mismo le resultará más «barato» cometer crímenes en el extranjero que dentro de su propio territorio, lo cual puede provocar que el Estado genere una «externalidad» negativa, es decir, que tienda a «exportar» sus crímenes a territorios de otros países, donde le será más sencillo salir indemne.

60. Además, el acceso a los Tribunales a costes desproporcionados no cumple con la exigencia de efectividad que se considera inherente al mismo. Tal y como han expuesto muchos autores, el artículo 6.1 del CEDH ha de interpretarse de forma sistemática con el artículo 13, al ser una concreción del mismo. Este artículo 13 se refiere a un recurso «efectivo» ante una instancia nacional. Esa efectividad ha de servir por lo tanto de criterio guía en el artículo 6, en el sentido de que el derecho de acceso garantizado por el mismo no debe ser entorpecido por obstáculos inadecuados como el coste excesivo de la protección judicial<sup>98</sup>, que pueden llevar a la víctima a abandonar su intención de demandar.

61. Así, por lo expuesto puede también defenderse que el principio de inmunidad también vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de costes proporcionados. No obstante, ha de indicarse que este derecho no puede transformarse en un «derecho a litigar ante Tribunales extranjeros en todo caso»<sup>99</sup>, pues en cada caso la víctima se enfrentará a unos costes de litigación distintos. Ello dependerá de la conexión de la víctima con ese foro y de las posibilidades alternativas de obtener reparación<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> STEDH de 9 octubre 1979 *Airey vs. Ireland*, párr. 14 y siguientes.

<sup>98</sup> J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Kluwer Internacional, La Haya, 1999, p. 187.

<sup>99</sup> M. KLOTH, *Immunities and the Right of Access to Court Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 2010, p. 37.

<sup>100</sup> En torno a los costes de la litigación internacional en los supuestos de litigación internacional *inter-privatos*, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 49-59, y en lo relativo a los costes conflictuales, con mayor especificidad, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Règle de conflit et théorie économique», *Revue critique*

### C) La vulneración de la tutela judicial efectiva en su perspectiva de la igualdad de medios de defensa

62. Para una importante corriente de pensamiento, iniciada en los años sesenta por el político austríaco W.P. PAHR<sup>101</sup>, la inmunidad de jurisdicción no sólo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia, sino también en su vertiente de un derecho a la «igualdad de medios de defensa» (*equality of arms*).

63. Este derecho supone que, una vez que el individuo haya accedido a los Tribunales de un Estado, éste ha de tener «una oportunidad razonable de presentar su caso en condiciones que no le sitúen en una desigualdad sustancial frente a su oponente»<sup>102</sup>. Para PAHR, la inmunidad daría al Estado el privilegio de ser demandado siempre ante sus propios Tribunales cuando hubiera violado derechos fundamentales, mientras que la víctima estaría forzada a demandar siempre en un foro extranjero, lo cual le situaría en una situación de desigualdad razonable frente a su oponente. Sin embargo, no se ha estimado que el demandar ante los Tribunales del Estado que causó el daño suponga una vulneración de este principio<sup>103</sup>.

64. Difícilmente puede rebatirse que demandar en un foro extranjero es una desventaja para la víctima. Desplazarse ante los Tribunales del Estado que causó el daño le supondría una lengua oficial distinta, dificultades para contactar a un abogado y la falta de conexión territorial con dicho Estado<sup>104</sup>. Esta desventaja es aumentada por el hecho de que el Estado suele ser la parte fuerte cuando se relaciona con un particular<sup>105</sup>. Tampoco puede obviarse el riesgo de que los Tribunales del Estado causante del daño no sean garantía de imparcialidad, o que los mismos no vayan a reparar a las víctimas (por ejemplo, porque dicho Estado haya dictado leyes de amnistía que puedan ser consideradas como contrarias al Derecho Internacional<sup>106</sup>, pero que sus Tribunales tendrán que aplicar al caso).

65. Por lo expuesto podría también defenderse que la inmunidad es incompatible con la tutela judicial efectiva en su perspectiva de igualdad de medios, de forma que los Tribunales de un Estado también habrían de desestimar la inmunidad de jurisdicción del Estado cuando el acceso a otros Tribunales distintos ponga a la víctima en una situación de desigualdad no razonable frente al Estado<sup>107</sup>.

## 2. La vulneración del derecho a un recurso efectivo en materia de derechos humanos

66. Tal y como se ha expuesto anteriormente, el Derecho Internacional reconoce a las víctimas de violaciones de derechos humanos el derecho a una reparación. Este derecho se complementa con el reconocimiento de un derecho a un recurso efectivo para aquellos casos en que no haya sido posible obtener la reparación por otra vía. El derecho a este recurso está contenido en la Declaración Universal de

---

*de droit international privé*, vol. 101, 2012-III, pp. 521-538. Igualmente, en relación con el concreto supuesto de las «cartas de patrocinio», pero con consideraciones generales de profundo interés, *vid.* P. DIAGO DIAGO, *Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales. Estudio jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 98-115.

<sup>101</sup> W.P. PAHR, «Die Staatenimmunität und Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention», en *Mélanges offerts à Polys Modinos: Problemes des droits de l'homme et de l'unification Européenne*, ed. Pedone, 1968, p. 222-32. El autor es tajante: «There is no room for the immunity privilege under the Convention».

<sup>102</sup> Véase, entre otras Sentencias, la STEDH *Dombo Beheer BV vs. the Netherlands* de 27 octubre 1993, párrafo 33 y la STEDH *Niderost-Huber vs. Switzerland* de 18 febrero 1997, párrafo 23.

<sup>103</sup> Comisión Europea de los Derechos Humanos, recurso número 434/58, *X vs. Sweden*, pp. 354-370.

<sup>104</sup> M. KLOTH, *Immunities and the Right of Access to Court Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2010, p. 36.

<sup>105</sup> J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Kluwer Internacional, La Haya, 1999, p. 179.

<sup>106</sup> Al respecto, J. DUGARD, «Dealing with crimes of past regimes, is amnesty still an option?», *Leiden Journal of International Law*, n. 12, pp. 1001-1015, 1999.

<sup>107</sup> Véase B. HESS: *Staatenimmunität bei Distanzdelikten*, Beck, Munich, 1992, p. 318.

los Derechos Humanos<sup>108</sup>, que se refiere expresamente a un recurso judicial, y en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1976<sup>109</sup>, que se refiere simplemente a un «recurso efectivo».

**67.** En cualquier caso, la exigencia de que dicho recurso sea «efectivo» implica que la vía judicial haya de permanecer abierta, al menos para aquellos casos en que la reparación no haya podido obtenerse de otro modo<sup>110</sup>, y que esa vía (i) no sea disuasoria para la víctima, esto es, que no les suponga unos obstáculos tales que les haga desistir de su reclamación; y (ii) sea capaz de ofrecer a las víctimas una reparación con todas las características exigidas por el Derecho Internacional (accesible, rápida y eficaz<sup>111</sup>).

**68.** La reclamación ante los Tribunales del Estado que causó el daño no parece garantizar un recurso efectivo que permita a la víctima obtener una reparación con las características mencionadas, pues, tal y como se ha expuesto, supone un coste de litigación desproporcionado para la víctima, le sitúa en una situación de desigualdad, existe riesgo de parcialidad... Por lo anterior podría afirmarse que el derecho de la víctima de un crimen internacional a una reparación accesible, rápida y eficaz que reconoce el Derecho Internacional habría de implicar la posibilidad de acceso a una tutela judicial del mismo ante los Tribunales de un Estado distinto de aquél que causó el daño, al menos en los casos en que no haya podido obtenerse tal reparación de ningún otro modo.

**69.** El TIJ se planteó la compatibilidad de la inmunidad de jurisdicción con las normas imperativas que prohíben la comisión de violaciones de derechos humanos, pero no se planteó su compatibilidad con la norma que establece el derecho a un recurso efectivo. Por ello se contentó con indicar que no existe conflicto entre las primeras, al ser normas que se encuentran en un plano distinto (procesal y material). Sin embargo, la respuesta tendría que haber sido distinta si se hubiera planteado la compatibilidad de la inmunidad con este derecho a un recurso efectivo: el TIJ habría tenido que pronunciarse sobre la jerarquía entre dos normas que se encuentran en el mismo plano (procesal).

**70.** Partiendo de lo anterior, esto es, de considerar que tanto la norma que establece el derecho a un recurso efectivo en materia de derechos humanos como la norma que establece la inmunidad son ambas normas procesales, habría que plantearse si la primera tiene o no carácter de *ius cogens*, para que prevalezca sobre la anterior. En respuesta lo anterior, y pese a que el TIJ no se ha pronunciado expresamente, puede indicarse que la norma que lo consagra, el PIDCP, sí se ha considerado por el TIJ como una norma imperativa en numerosas ocasiones<sup>112</sup>. El TIJ también ha considerado como ilícitas aquellas conductas que violen la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el asunto de los rehenes en la embajada de EEUU en Teherán<sup>113</sup>. Si, tal y como parece, el derecho a un recurso efectivo fuera una norma imperativa, la norma de la inmunidad tendría que ceder ante la misma.

**71.** Por todo lo anterior, parece que la dicotomía entre tutela judicial efectiva e inmunidad de jurisdicción no ha quedado resuelta ni por el TEDH ni por el TIJ. A mayor abundamiento, la decisión

---

<sup>108</sup> Art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la AGNU el 10 de diciembre de 1948: «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley».

<sup>109</sup> Su art. 3 garantiza que «toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales».

<sup>110</sup> C. COURTIS, «El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006, p. 34.

<sup>111</sup> Vid. nota 42.

<sup>112</sup> Ha sido elevada a norma imperativa de Derecho Internacional General en varias sentencias: cfr. Opinión Consultiva TIJ 28 mayo 1958 «Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of genocide», p. 18, párrs. 24 y 25 y Opinión Consultiva TIJ 9 julio 2004 «Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory», p. 45, párrs. 104-111.

<sup>113</sup> STIJ 24 mayo 1980, «Case concerning United States diplomatic and consular staff in Tehran», *United States of America vs. Iran*, p. 42, párr. 91.

del TIJ daña seriamente este derecho de las víctimas al prohibirles el acceso a los tribunales del Estado en que se causó el daño. Una vez más, una decisión del TIJ tiene repercusión directa sobre los derechos de los particulares, y no sólo de los Estados<sup>114</sup>, aunque el Tribunal no duda en afirmar que «*el hecho de que un Estado tenga derecho a la inmunidad frente a los Tribunales de otro Estado es una cuestión completamente independiente de la responsabilidad internacional de dicho Estado y de su obligación de reparar el daño causado*» (párrafo 100).

## VI. Las opciones que quedan a las víctimas

72. La decisión del TIJ supone que las víctimas de estos crímenes de guerra hayan de contemplar otras formas de obtener su reparación. Tal y como se ha indicado anteriormente, el Derecho Internacional reconoce a las víctimas de violaciones de derechos humanos, además de un derecho a un recurso efectivo, un derecho que podríamos llamar «material» a obtener una reparación «accesible, rápida y eficaz»<sup>115</sup>, el cual no se extingue porque el TIJ haya cerrado la puerta a reclamar ante los Tribunales del lugar en que se causó el daño. De esta forma, se hace necesario estudiar qué otras opciones quedan a las víctimas, y si las mismas son susceptibles de garantizar una reparación con las características señaladas.

73. El propio TIJ, que como ya se ha expuesto, considera que esta materia no ha de pasar al ámbito de las reclamaciones privadas, y que por lo tanto queda dentro del ámbito del Derecho Internacional Público, recomienda como medio de reparación la negociación diplomática entre los países implicados<sup>116</sup>. Estas opciones, tal y como se verá a continuación, no son susceptibles de proporcionar a la víctima una reparación que cumpla con las características expuestas.

74. Por ello nos planteamos también que otras posibles vías de solución pudiera plantearse la víctima, una vez descartada la reclamación ante los Tribunales de un Estado distinto a aquél que causó el daño, distintas de aquellas que propone el TIJ, y que podrían suponer la privatización de estas reclamaciones.

75. Se ha de indicar que en este apartado se considera que cuando una víctima se plantea otras opciones para satisfacer su derecho a la reparación es porque no ha podido satisfacer ese derecho mediante programas especiales. Estos programas son la vía con más probabilidades de proporcionar a un sujeto cuyos derechos humanos han sido vulnerados una reparación lo más adecuada a los estándares que establece el Derecho Internacional, aunque, como ya se ha comentado, existen casos en que no es posible acceder a los mismos.

### 1. Soluciones que proporciona el Derecho Internacional Público

#### A) Solicitar al Estado del que se es nacional que efectúe una reclamación diplomática al Estado responsable

76. Tradicionalmente, cuando el Estado ejercitaba una reclamación diplomática se entendía como que lo hacía en su propio nombre, pero actualmente se considera como que el Estado ejerce la protección diplomática directamente en nombre de su nacional<sup>117</sup>, de forma que la indemnización que

<sup>114</sup> Otro ejemplo de la repercusión de una Sentencia del TIJ en el Derecho Internacional Privado sería el caso Böll (STIJ 28 noviembre 1958), *ICJ Reports*, 1958, pp. 55 y ss.

<sup>115</sup> Art. 31 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos y la Lucha contra la Impunidad, CN.4/2005/102/Add.1 (Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 8 febrero 2005).

<sup>116</sup> Véase párrafo 104.II de la STIJ.

<sup>117</sup> M. I. DEL TORO HUERTA, *op. cit.* p. 347.

obtenga le pertenece. Esta vía, recogida por F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>118</sup>, es la que goza de más consenso internacional, pero ello no significa que sea la más satisfactoria.

**77.** Sus problemas principales son la falta de accesibilidad y de rapidez de la misma: no todos los Estados están dispuestos a interponer una reclamación por estos motivos, ni a someterse a un proceso de negociación diplomática. Además, su eficacia no está en manos del particular, sino que depende (i) de la actuación del Estado de la víctima, cuyos movimientos en una dirección errónea pueden dar lugar a que finalmente el particular no perciba ninguna reparación y (ii) de la voluntad del Estado causante del daño, cuya postura puede ser inamovible. Tal y como indica el propio TIJ, existen Estados que mantienen que no han de abonar indemnización alguna a los particulares pues al acabar el conflicto armado abonaron una indemnización por todos los conceptos al Estado reclamante, no teniendo el primero la culpa de que el último no haya destinado esos fondos a la reparación personal de las víctimas<sup>119</sup>.

**78.** Con la cautela de lo expuesto, existen casos en que las negociaciones diplomáticas han llegado a buen término. Sirva de ejemplo el caso de Hugo Princz, judío de nacionalidad estadounidense que fue arrestado por las tropas alemanas en Eslovaquia y enviado a un campo de concentración. El Tribunal de Columbia (*Princz vs. República Federal Alemana*<sup>120</sup>), desestimó el caso, apreciando la concurrencia de inmunidad de jurisdicción por parte del Estado alemán. Sin embargo, los gobiernos de Estados Unidos y Alemania llegaron a un acuerdo el 19 septiembre 1995 por el que el gobierno alemán se comprometía a pagar 2,1 millones de dólares a los ciudadanos estadounidenses que no hubieren sido cubiertos por los programas de indemnización a las víctimas del holocausto.

## **B) Demandar al Estado de nacionalidad de la víctima en caso de no conseguir el resarcimiento mediante la reclamación diplomática**

**79.** Esta vía sería posible en Derecho español por aplicación del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues podría considerarse que la víctima ha sufrido una lesión en sus bienes y derechos, causada por los servicios públicos, que deberían haberle proporcionado dicha reclamación por vía diplomática<sup>121</sup>.

**80.** La presente vía parece fácilmente accesible (no sería difícil para la víctima acceder a los Tribunales). De hecho, ha sido reconocida en la controvertida Sentencia del Tribunal Constitucional español 140/1995<sup>122</sup>. Sin embargo, no puede juzgarse en ningún caso como «rápida»: el tiempo que pasará desde que un nacional solicita la protección diplomática, hasta que consiga una indemnización ante los tribunales de su propio Estado es inestimable.

## **2. Soluciones que proporciona el Derecho Internacional Privado**

### **A) Litigar ante los Tribunales del Estado que causó el daño (domicilio del demandado)**

**81.** Dado que en este caso no puede apreciarse inmunidad de jurisdicción, los Tribunales habrían de declararse competentes para conocer del caso, a través de las normas de competencia judicial

<sup>118</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.* p. 54.

<sup>119</sup> «Where the State receiving funds as part of what was intended as a comprehensive settlement in the aftermath of an armed conflict has elected to use those funds to rebuild its national economy and infrastructure, rather than distributing them to individual victims amongst its nationals, it is difficult to see why the fact that those individuals had not received a share in the money should be a reason for entitling them to claim against the State that had transferred money to their State of nationality» (STIJ 3 febrero 2012, párrafo 102).

<sup>120</sup> Sent. U.S. Court of Appeals Columbia, *Princz vs. Federal Republic of Germany*, 1995, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994).

<sup>121</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 54.

<sup>122</sup> Al respecto, C. ESPÓSITO MASSICCI / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El artículo 24 de la Constitución y la inmunidad civil de los agentes diplomáticos extranjeros (A propósito de la STC 140/1995)», *Revista española de derecho constitucional*, año 16, n. 47, 1996, pp. 257-292.

internacional de producción interna (recuérdese que la STJCE *Lechoritou* declaró inaplicable al caso el Reglamento 44). Como es lógico, se apreciaría que los mismos serían competentes por concurrir el foro del domicilio del demandado (¿dónde se encuentra el domicilio de un Estado si no es en dicho Estado?).

**82.** Esta vía puede ser fácilmente accesible, y no excesivamente lenta, pero no pasa el filtro de la eficacia, por lo que puede ser más hipotética que real. Tal y como ha quedado expuesto al tratar la vulneración del derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva, esta opción implica un importante riesgo de parcialidad. Si nos circunscribimos al caso de Alemania, su postura es conocida: ésta sostiene que su deber de reparación se vio cumplido con las indemnizaciones que satisfizo a distintos Estados al finalizar el conflicto<sup>123</sup>, y no parece que esta postura dependa de la Ley que vaya aplicarse al caso<sup>124</sup>. En otros casos, especialmente de crímenes cometidos por Estados extra europeos, cabe además el riesgo de parcialidad, y de que el Estado en cuestión haya dictado leyes de amnistía, que podrían borrar también la responsabilidad civil. De esta forma, esta vía, además de vulnerar los derechos procesales mencionados, no permite la obtención de una reparación «eficaz».

**83.** Cabe recordar, además, que esta solución hace cargar a la víctima con unos costes de litigación internacional desproporcionados e injustos. La víctima ha de desplazarse ante los Tribunales del Estado que causó el daño, cuando la lesión se produjo en un Estado distinto, lo que conlleva una tremenda desigualdad respecto a los casos internos: cuando los daños han sido causados en el territorio del mismo Estado, las víctimas no tienen que soportar ningún coste de litigación excesivo, pero cuando el caso se internacionaliza nos encontramos con que las víctimas han de desplazarse si quieren obtener una reparación de un hecho que no pudieron prever. El Derecho desprotege en estos casos al más débil, a la víctima, «premiando» al criminal.

## **B) Obtener la reparación del autor material de los hechos. Incoar un procedimiento penal contra dicho autor**

**84.** En caso de que pudiera demostrarse quién fue el autor material de los hechos, y que el mismo estuviera vivo (lo cual ya es mucho suponer), podría demandarse a dicho autor material ante los Tribunales de un Estado miembro distinto de aquel al que perteneciera, puesto que en Derecho Penal sí se reconoce la existencia de una «jurisdicción universal» en relación a los crímenes de lesa humanidad. Esta es una cuestión incontestada en la mayoría de los Estados, incluso consagrada en sus ordenamientos jurídicos (en España, con algunas limitaciones, en el art. 23.4 LOPJ). En «territorio 44», el Juez que se declarara competente podría conocer de forma automática de la responsabilidad civil, pero no por aplicación de este principio de jurisdicción universal, sino por aplicación del art. 5.4 del propio Reglamento 44, según el cual las víctimas civiles de una infracción penal podrán accionar ante el Tribunal que conociera del proceso penal, siempre que, de conformidad con su ley, dicho Tribunal pudiere conocer de la acción civil pueden accionar ante la vía penal contra él.

**85.** Ha de apuntarse que en estos casos no resultaría posible declarar como responsable civil subsidiario al Estado en cuya organización se integraba el autor material del crimen, por mucho que así lo permita la Ley aplicable al caso<sup>125</sup>, pues estos casos se encontrarían también protegidos por la inmu-

<sup>123</sup> Vid. Sent. Trib. Const. Fed. Alemania (*Bundesverfassungsgericht*) 15 febrero 2006, párrafos 1 a 33, disponible en [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de).

<sup>124</sup> Que, como resultado de la aplicación del art. 4 del Reglamento Roma II, sería la Ley del lugar en que se ocasionó el daño.

<sup>125</sup> En España, el artículo aplicable sería el 121 del Código Penal: «El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria».

nidad de jurisdicción (la acción debería dirigirse también contra el ente público presuntamente responsable civil subsidiario). Como puede imaginarse, las posibilidades de eficacia de esta vía de reparación son mínimas, dadas las pocas probabilidades de éxito de la ejecución de una posible condena civil (que normalmente ascenderá a cantidades millonarias). Además, los Estados ya han demostrado ser bastante reacios al ejercicio del principio de jurisdicción universal en el caso de particulares acusados de crímenes internacionales<sup>126</sup>.

### C) Obtener la reparación del autor material de los hechos. Incoar un procedimiento civil contra dicho autor

86. Existen países que reconocen la existencia de una jurisdicción civil universal contra el autor material de ciertos crímenes de lesa humanidad. El ejemplo más significativo lo representa la *Torture Victim Protection Act* de 1992 de Estados Unidos de América, que permite a cualquier víctima de torturas nacional o extranjera, reclamar civilmente los daños derivados de este crimen, siempre y cuando no hayan tenido un adecuado remedio en el lugar de su comisión. Ha de subrayarse que esta jurisdicción sólo podrá ejercerse sobre entidades no estatales (en el caso en que la demanda se dirija contra un Estado extranjero o entidades relacionadas, la cuestión de la jurisdicción se regiría por la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera, la *Foreign Sovereign Immunity Act* de 1976). Hasta 13 de abril de 2013, algunos defendían la posibilidad de las víctimas extranjeras de reclamar ante los Tribunales estadounidenses a través de la *Alien Tort Claims Act*, aun cuando el daño se hubiera cometido fuera de Estados Unidos. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha cerrado recientemente esta puerta en el caso *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.*<sup>127</sup>.

### D) La improbable opción de solicitar la apertura de un «foro de necesidad»

87. La doctrina del «*forum necessitatis*» es una garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, y reconoce la existencia de casos en que debería garantizarse el acceso a los Tribunales aun cuando no existiese tal posibilidad aplicando el régimen legal. Estos casos serían aquellos en que existe riesgo de denegación de Justicia en el ámbito internacional, cuando no exista ningún Tribunal que pudiera declararse competente. Si bien se ha incluido en algunos ordenamientos como el suizo<sup>128</sup>, en España no ha sido reconocido legalmente<sup>129</sup>, y tampoco en la normativa europea aplicable a la cuestión (Reglamento 44). Un desarrollo ulterior de esta doctrina implicaría aplicarla también a los casos en que, si bien existe algún Tribunal que pudiera declararse competente, su resolución de la controversia también implicaría una denegación de justicia. Sin embargo, hemos de ser realistas, y un desarrollo semejante queda hoy en día en un plano de *lege ferenda*, teniendo muy pocas posibilidades de un desarrollo real.

### E) El acceso a los Tribunales del Estado que causó el daño

88. Si ninguna de las opciones que ofrece el Derecho Internacional Público ni las anteriores propuestas de Derecho Internacional Privado son capaces de garantizar una reparación accesible, rápida y efectiva para la víctima, parece que la única solución sería la de intentar acceder a los Tribunales del Estado que causó el daño. Esta opción es además la única capaz de salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas.

<sup>126</sup> La extradición de los acusados suele plantear problemas; *vid.* C. GUTIÉRREZ-ESPADA, *op. cit.*, p. 166.

<sup>127</sup> «*The presumption against extraterritoriality applies to claims under the Alien Tort Statute, and nothing in the statute rebuts that presumption*».

<sup>128</sup> Art. 3 de la Ley Federal de 18 diciembre 1987 de Derecho Internacional Privado.

<sup>129</sup> De hecho, el TC ha indicado que la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, en el orden civil, viene determinada por el artículo 22 LOPJ y que «en tales reglas, y sólo en las mismas, debe buscarse, como punto de partida, la respuesta a la cuestión de si es posible que nuestros Tribunales conozcan de una determinada pretensión» (STC 61/2000). No obstante, en algunas ocasiones se ha estimado la competencia judicial internacional con base al foro de necesidad. Este es el caso, por ejemplo, de la SAP Murcia (Sección 1ª), núm. 166/2003, de 12 mayo 2003, relativa al caso de medidas protectoras de los menores en un caso de separación de dos ciudadanos marroquíes residentes en nuestro país, respecto de un menor con residencia en Marruecos.

**89.** Esta opción pasa por asumir que los límites de las materias sujetas al Derecho Internacional Público habrían de reducirse de nuevo, dejando paso a que estas controversias pudieran solucionarse a través de mecanismos de Derecho Privado. Si se presta atención a la historia de la inmunidad de jurisdicción, tal y como ha sido expuesta, la misma ha venido dejando espacio a las reclamaciones privadas en cada vez más ocasiones: se ha pasado de una inmunidad absoluta, a una inmunidad relativa, que va aceptando cada vez más excepciones<sup>130</sup>. Este límite del Derecho Internacional Público ha de seguir bajando, más aún en un momento en que el ordenamiento jurídico internacional pasa a una concepción más centrado en el individuo, en que los derechos humanos se consideran un principio normativo<sup>131</sup>.

**90.** ¿Habría alguna posibilidad de intentar acceder a los Tribunales del Estado en que se causó el daño, pese a la Sentencia del TIJ? Este acceso habría de realizarse necesariamente por alguna de las siguientes vías:

#### **a) La alegación ante los Tribunales de alguna de las otras tesis expuestas**

**91.** De todas las tesis que fue construyendo la doctrina para justificar el levantamiento de la inmunidad en caso de violaciones de derechos humanos en actos de guerra, Italia sólo utilizó en su defensa la de la jerarquía normativa, por lo que cabe preguntarse si podría levantarse la inmunidad de jurisdicción alegando alguna otra. Estas tesis son (i) la que defiende que estos crímenes del Estado no son actos *iure imperii*; (ii) la tesis de la renuncia implícita; (iii) la tesis de la represalia internacional. Las posibilidades de éxito de una demanda que alegara las teorías anteriores serían escasas. La tesis que afirma que estos actos no son *iure imperii*, así como la tesis de la represalia, quedan descartadas por la STIJ, que, tal y como ha quedado expuesto, afirma rotundamente tanto la legalidad de la inmunidad como la naturaleza *iure imperii* de los crímenes del Estado cometidos en actos de guerra. La teoría de la renuncia a la jurisdicción tiene varios argumentos en contra, siendo el principal el de que no puede imputarse a un Estado una renuncia que no pudo prever; además, esta tesis ya se ha alegado en muchas ocasiones sin éxito<sup>132</sup>.

#### **b) La alegación de la vulneración de la tutela judicial efectiva y del recurso efectivo en materia de recursos humanos**

**92.** La opción de plantear al Tribunal del Estado en se cometió el daño las consideraciones expuestas en materia de vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y, sobre todo, al recurso efectivo en materia de derechos humanos tienen más probabilidades de éxito que la opción anterior, puesto que no han sido consideradas por el TIJ en su Sentencia (la cual, como se ha indicado, se refería únicamente a la contraposición de la norma procesal de la inmunidad con la norma material de prohibición de comisión de violaciones de los derechos humanos. No obstante, se ha de ser extremadamente cauteloso, existiendo como existen resoluciones del TEDH favorables a la compatibilidad entre inmunidad de jurisdicción y tutela judicial efectiva.

#### **c) Invocación de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (cuando ésta entre en vigor)**

**93.** En el supuesto de que tanto el Tribunal que pretende conocer del asunto como el Tribunal causante del daño sean parte de esta Convención, podría plantearse la aplicación de su artículo 12, según el cual un Estado contratante no podrá alegar su inmunidad de jurisdicción frente a otro Estado

<sup>130</sup> Véase el voto disidente del juez Yusuf, que habla de la contracción de esta inmunidad en el último siglo.

<sup>131</sup> R. GARCÍANDÍA GARMENDIA, «El Tribunal Internacional de Justicia y la Inmunidad de Jurisdicción», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, n.2, 2012, p. 287.

<sup>132</sup> Véanse Sent. Cour Cass. Civ. 1<sup>a</sup> de 16 diciembre 2003, *Bucheron c. RFA* y Sent. Cour Cass. Civ. 1<sup>a</sup> de 2 junio 2004, *Giménez Expósito c. RFA*, *vid.* nota al pie núm. 64.



contratante por los daños ocasionados en el Estado del foro (*tort exception*)<sup>133</sup>. Ha de resaltarse que esta Convención no contiene ningún artículo equivalente al artículo 31 de la Convención Europea de Inmunidad de Jurisdicción de 1972 que excluya los casos de actuaciones de fuerzas armadas, ¿significa esto que la Convención de NU permite aplicar la *tort exception* a los actos de guerra y por lo tanto levantar en estos casos la inmunidad de jurisdicción?

94. Según la opinión de los autores, la inmunidad de jurisdicción y ejecución en el caso de las actividades militares quedó fuera de la Convención<sup>134</sup>. La exclusión del artículo 12 en situaciones de conflicto armado aparecía en los comentarios al proyecto del Convenio así como en el Informe de la fase final de los trabajos, en que se indicaba que esta exclusión estaba cubierta por la cláusula de salvaguarda del párrafo quinto del Preámbulo de la Convención<sup>135</sup>. Además, de los 11 Estados que han prestado su consentimiento a la Convención, Noruega, Suecia, Italia, y Suiza han declarado expresamente que no la consideran aplicable a actividades militares<sup>136</sup>. De este modo, si bien en el texto podría dejar una ventana abierta a la inclusión de estos actos de los Estados en la *tort exception*, los propios Estados ya se han encargado de excluirlos expresamente de la citada excepción, de forma que los mismos siguen sujetos a inmunidad. En definitiva, no parece que la entrada en vigor de esta Convención vaya a cambiar en nada la práctica internacional en relación a la apreciación de la inmunidad de los Estados en materia de daños causados en actos de guerra.

#### d) Esperar a un desarrollo futuro del Derecho Internacional

95. Ninguno de los Tribunales Internacionales que hasta el momento se han pronunciado sobre la cuestión de la inmunidad en casos de daños derivados de violaciones de derechos humanos causados en actos de guerra por un Estado en el territorio de otro Estado extranjero ha cerrado la puerta al desarrollo de una norma internacional *a sensu contrario* en el futuro. El TEDH, en su decisión de inadmisión del caso *Dístomo*, lo ha expresado de la siguiente forma: «*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 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*»<sup>137</sup>. Frente a la lentitud del desarrollo consuetudinario, sería más factible introducir en los Tratados Internacionales principales en la materia una *human rights exception*, al igual que se introdujo en su momento la excepción por actos *iure gestionis*<sup>138</sup>. A este respecto, tal y como indica J. FERRER<sup>139</sup>, ha de ser destacado que «*toda práctica dirigida a modificar una norma de Derecho Internacional empieza siendo una violación del Derecho Internacional, para convertirse después en una práctica aceptada por la generalidad de los Estados como creadora de una nueva norma de Derecho Internacional*».

<sup>133</sup> «*Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión*».

<sup>134</sup> C. GUTIÉRREZ ESPADA en «La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n. 2, octubre 2011, esp. p. 164.

<sup>135</sup> «*Las normas del derecho internacional consuetudinario seguirán rigiendo las cuestiones que no estén reguladas por lo dispuesto en la presente Convención*».

<sup>136</sup> <http://treaties.un.org>. Fecha de última consulta: 3 junio 2013.

<sup>137</sup> Auto TEDH *Kalogeropoulou and others vs. Greece and Germany*, ECHR, n. 0059021/00, 12 diciembre 2002.

<sup>138</sup> M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.* p. 83. La autora pone de manifiesto la existencia en algunos de estos tratados de una *tort exception*, que también podría acoger este tipo de reclamaciones. Sin embargo, las mencionadas Convenciones europea y de NU excluyen expresamente de dicha excepción los daños causados en actos de guerra.

<sup>139</sup> J. FERRER LLORET, «La insoportable levedad del Derecho Internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la CIJ: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 24, diciembre 2012, p. 29. Véase también M. KLOTH, *Immunities and the Right of Access to Court Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 2010, p. 85.

## VII. Conclusiones

**96.** El fallo del TIJ, al establecer que no existe una excepción a la inmunidad de jurisdicción en materia de violación de derechos humanos, zanja el panorama de inseguridad jurídica existente tanto para las víctimas como para los Estados incumplidores.

**97.** Lo hace adoptando la solución que podría calificarse de «más fácil». No aceptar la inmunidad de los Estados habría supuesto un peligroso precedente para los Estados, puesto que prácticamente ninguno está libre de pecado, más aún si se defiende la tesis de que esta responsabilidad no está sujeta a prescripción: piénsese en los campos de concentración soviéticos, en las bombas de Hiroshima y Nagasaki, en las torturas en Iraq, en las torturas y esclavitud que tuvieron lugar en el África colonial...<sup>140</sup>. Además de las nefastas consecuencias económicas que esto pudiera acarrear, ha de admitirse que sería extremadamente peligroso conferir a los Estados individuales la facultad de aplicar castigos a otros Estados, más aun cuando sobre los intereses de la Justicia y el derecho a la reparación de las víctimas se sobrepone el interés político y la estrategia hegemónica.

**98.** Pero esta solución es también la menos beneficiosa para las víctimas, puesto que cerrarles el acceso a los Tribunales de un Estado distinto de aquél que les causó el daño les supone quedar desprotegidas frente al Estado, el cual, en un residuo de los tiempos medievales, se sitúa en un plano superior, lo cual no tiene sentido en una democracia en que los poderes públicos están sometidos al Derecho y a los Tribunales de Justicia (art. 9.1 de la Constitución Española de 1978). Lo anterior conduce a la víctima a la paradoja de preferir haber sido secuestrado, torturado, o asesinado por un loco que por un miembro de las fuerzas armadas de un Estado, pues al menos en el primer caso podría demandarle sin excesivos costes para obtener una reparación.

**99.** En definitiva, la Sentencia del TIJ vulnera gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, así como su derecho a un recurso efectivo en materia de violaciones de derechos humanos. Con esta decisión, el TIJ vulnera también el derecho material de dichas víctimas a obtener una reparación «accesible, rápida y eficaz», pues las opciones que quedan a las víctimas no son susceptibles de garantizar una reclamación que sea acorde con las mencionadas características.

**100.** Ante el panorama expuesto, solamente queda la opción de seguir combatiendo la decisión del TIJ, es decir, seguir luchando por bajar los límites de la inmunidad y para que se cree una norma que deje paso a las reclamaciones privadas, la cual permita demandar ante los Tribunales del Estado que causó el daño. ¿Nos encontramos por lo tanto ante un callejón sin salida? ¿Es inútil insistir en esta dirección? Avanzar por este camino no deja de ser una opción ardua, pero no se puede perder la esperanza, pues toda nueva norma comienza como una vulneración del Derecho vigente.

---

<sup>140</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 143.