

SOBRE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS
EXTRANJEROS EN ESPAÑA, A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA
16/2015, DE 27 DE OCTUBRE

ON THE IMMUNITY OF JURISDICTION OF THE FOREIGN
STATES IN SPAIN, IN THE LIGHT OF THE ACT [“LEY
ORGÁNICA”] 16/2015, OF OCTOBER 27

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

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

Recibido: 31.05.2016 / Aceptado: 03.06.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3251>

Resumen: España decidió (2011) adherirse a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (2005). Pese a que este tratado no ha entrado en vigor todavía constituye el marco jurídico internacional de referencia en materia de inmunidad de jurisdicción del Estado. La Convención parte de una concepción restringida de la inmunidad de jurisdicción, previendo una lista de procesos en los que la inmunidad del Estado no puede hacerse valer. La Convención de las Naciones Unidas no afrontó, con todo, lo que hoy es seguramente una de las cuestiones claves en el tema: la relación entre la inmunidad soberana del Estado y el respeto a las normas imperativas de Derecho Internacional (*ius cogens*).

La Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, regula, entre otras inmunidades, la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, siguiendo estrechamente la Convención de Naciones Unidas.

Palabras clave: Convenio de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, Derecho español e inmunidad de jurisdicción, excepciones a la inmunidad de jurisdicción, inmunidad de jurisdicción e *ius cogens*, Ley Orgánica 16/2015 de Inmunidades.

Abstract: Spain decided (2011) to adhere to the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their property (2005). Although this treaty has not yet entered into force it constitutes the international legal framework on immunity of State jurisdiction. The Convention part of a restricted immunity jurisdiction, providing a list of processes in which State immunity can not be invoked. The United Nations Convention did not address, however, what it is now surely one of the key issues on the subject: the relationship between state sovereign immunity and respect for peremptory norms of international law (*ius cogens*).

The Spanish Act on Immunities (Ley Orgánica 16/2015 of 27 October) regulates, among other immunities, immunity from jurisdiction of foreign States, closely following the UN Convention.

Keywords: United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their property, Spanish law and immunity of jurisdiction, exceptions to immunity from jurisdiction, immunity from jurisdiction and *ius cogens*, Spanish Act (Ley Orgánica 16/2015 of 27 October) on Immunities.

Sumario: I. Introducción.- II. El Derecho español sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros anterior a la LO 16/2015.- III. La Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes: 3.1. La inmunidad jurisdiccional del Estado. Inmunidad restringida o relativa. 3.2. Las “excepciones” a esta inmunidad. 3.3. Ámbitos excluidos de la Convención. 3.4. A modo de conclusión y aún de crónica previamente anunciada de lo que diré después: la Convención, en todo caso, no resuelve ciertas cuestiones actualmente claves en el

tema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados.- IV. La LO 16/2015, de 27 de octubre en el tema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España: 1. Su conveniencia y/o oportunidad. 2. Su contenido. 3. Del “absolutismo” de la concepción restringida o relativa sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros (...) 4. (...) a la espera de una razonable evolución del Derecho internacional en este tema.

1. Es mi propósito centrarme en el presente Estudio en la *inmunidad de jurisdicción* del Estado a la luz de la Ley Orgánica 16/2015 (*infra* apartado IV). La *inmunidad de ejecución* de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles es cuestión sucesiva que merece, por ello y por su propia temática, una reflexión aparte y propia que, acaso, podré acometer en su momento con una segunda “entrega”.

Item más. No son objeto tampoco de este Estudio “las otras jurisdicciones” a las que la Ley Orgánica 16/2015 también se refiere¹.

I. Introducción

2. La inmunidad de jurisdicción del Estado determina que los órganos jurisdiccionales de un Estado (en nuestro caso, los españoles) no pueden conocer de un litigio en el que un Estado extranjero, o alguno de sus órganos, sea demandado por un particular.

Aunque el término “jurisdicción” se entiende (como el Relator del tema en la Comisión de Derecho Internacional [CDI] precisara) en sentido amplio, esto es, abarca todo el proceso judicial², esta inmunidad de jurisdicción no es una excepción a las reglas de “competencia judicial internacional” de los tribunales de un Estado, sino una excepción a la “jurisdicción” de dichos tribunales³, que carecen de competencia *ratione materiae* para conocer del asunto.

3. El origen de este principio es complejo, pudiendo distinguirse varios momentos importantes.

El principio presenta, sin duda, una raíz cristiana: “toda autoridad viene de Dios”⁴. Por ello, la autoridad no puede ser juzgada por ningún tribunal; la “autoridad” es totalmente “inmune” ante los tribunales. No faltan ejemplos históricos⁵.

¹ Para un enfoque doctrinal amplio, como el de la LO 16/2015, que se refiere a las inmunidades no solo de los Estados extranjeros sino asimismo de sus jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores (AAEE), de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, *vid. ad ex.* A.G. LÓPEZ MARTÍN: “las inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 6, 1999, pp. 157-184; *Id.*: “Práctica jurisprudencial española en materia de inmunidades internacionales”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Director): *La Ley Orgánica 16/2015... cit. in fine* en esta misma nota, pp. 117-142; también J. A. GONZÁLEZ VEGA: “Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre sobre inmunidades, *¿juego de espejos en el callejón del gato?*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, sección FORO, vol. 68/1, enero-junio 2016, pp. 85-97 (pp. 90-95) (la cursiva en el título del artículo es del original). Este enfoque (“Ley omnibus”) persigue un “tratamiento (aparentemente) unitario del tema” que se ha considerado “discutible (J. A. GONZÁLEZ VEGA: “La protección de los derechos humanos en la reciente legislación española en materia de Derecho internacional. Reflexiones críticas en torno a la ley 2/2014 de Acción Exterior y a la Ley Orgánica 16/2015 de privilegios e inmunidades”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, ISSN 2284-3531, 2016, pp. 263-281 (p. 273).

La Ley de Inmunidades ha sido objeto de un comentario de conjunto, de especial interés, sobre sus diversos ámbitos aparecido muy recientemente: J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Director): *La Ley Orgánica 16/2015... sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Escuela Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (colección Cuadernos de la Escuela Diplomática número 55), Madrid, 2016, 641 pp.

² Desde la incoación del mismo, las notificaciones, la instrucción del juicio y las órdenes y mandamientos que puedan constituir medidas provisionales, hasta las decisiones, los fallos en las distintas instancias y la ejecución, suspensión y no aplicación final de los mismos. S. SHUKARITKUL: “Segundo Informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (doc. A/CN.34/331 y Add. 1), párrafo 29 (*Anuario CDI*, 1980, vol. II, Primera Parte, pp. 209-242, p. 216)

³ A.L. CALVO CARAVACA: “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución”, en N. WITZLEB, R. ELLGER, P. MANKOWSKI, H. MERKT y O. REMIEN (coords.): *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2014, pp. 639-661 (pp. 639-640); FOCARELLI, C.: *Trattato di Diritto Internazionale*, UTET Giuridica, Turín, 2015, p. 895.

⁴ Epístola a los jonios 19.11; epístola a los romanos 13.11.

⁵ Vga. el Papa Juan XXII fue juzgado por un Sínodo organizado por el emperador Oton I en el año 963. Años después, dicho proceso se consideró nulo porque ningún tribunal podía juzgar al Papa.

La inmunidad de jurisdicción tal y como hoy la conocemos es creación de la jurisprudencia inglesa y cristalizó como una norma de Derecho Internacional consuetudinario. En el siglo XIX, los tribunales ingleses (y sucesivamente los de otros Estados) estimaron que los Estados extranjeros no podían ser demandados en ningún caso (la “inmunidad de jurisdicción [era] absoluta”).

4. Su fundamento, hoy, reposa en dos principios imbricados entre sí: los Estados son “iguales” (*in parem non habet imperium*); los Estados son “soberanos” y tienen así derecho a desarrollar sus actividades como tales sin ser juzgados por otros Estados (*par in parem non habet jurisdictionem*),

Item más. En un mundo organizado en Estados iguales, independientes y soberanos resulta más que conveniente para una convivencia internacional pacífica, como el Tribunal Supremo (TS) de los Estados Unidos indicara en el asunto de la goleta *Exchange c. MacFaddon y otros* (1812)⁶, que los Estados no estén juzgándose continuamente los unos a los otros.

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

- Tratados sobre materias en principio ajenas al tema pero que contienen disposiciones concretas que recogen inmunidades específicas; por ejemplo, respecto de los buques de guerra que pertenezcan a un Estado⁷.
- Tratados de carácter regional como el *Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados* (Basilea, 16 de mayo de 1972)⁸.
- O convenios de carácter multilateral como el relativo a la *inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes*, que se basa en una revisión del proyecto de artículos que en esta materia aprobara la Comisión de Derecho Internacional (1991), y fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁹ y abierto a la firma en Nueva York el 17 de enero de 2005 (*infra* párrafos 12 y ss.).

El principio de inmunidad de los Estados tiene en el Derecho internacional naturaleza consuetudinaria. En España, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (1985)¹⁰, tras reconocer la jurisdicción de los tribunales españoles sobre personas y materias en todo el territorio español en la forma establecida en la Constitución y en las leyes, admite como excepciones las basadas en los “supuestos de inmunidad de jurisdicción (...) establecidos por las normas de Derecho Internacional Público” (artículos 4 y 21.1).

5. El principio de inmunidad de jurisdicción se expresó con claridad en fecha temprana (1812) en un asunto ya citado (párrafo 4 *supra*) de carácter interno resuelto por el juez Marshall, presidente del TS de los Estados Unidos, en el que se discutía la propiedad de nacionales estadounidenses sobre uno de sus buque requisado en su momento por Napoleón para incorporarlo a su marina de guerra. Una vez que la goleta *Exchange* arribó al puerto de Filadelfia, sus antiguos propietarios lo reclamaron judicialmente, lo que motivó que el juez afirmara el principio en los siguientes términos:

⁶ *The Schooner Exchange v. MacFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch), pp. 116, 137 (1812).

⁷ Convenios de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua, artículo 22 y sobre la alta mar, artículos. 8 y 9 (*BOE* de 24 diciembre 1971); o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, artículos 32, 95 y 96 (*BOE* de 14 diciembre 1997).

⁸ *International Legal Materials*, 1972, pp. 470 y ss. (España no lo ha ratificado): vincula sólo a 8 estados (<http://conventions.cor.int/Treaty/en/Treatis/Word/074.doc>). También han sido textos de referencia para la doctrina el proyecto de Convenio sobre la inmunidad del Estado aprobado por la ILA (*International Law Association*) el 4 de septiembre de 1982 o el proyecto de Convenio interamericano sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados de 21 de enero de 1983 (*International Legal Materials* 1982, pp. 292-295).

⁹ Resolución 59/38, de 2 de diciembre de 2004.

¹⁰ LO 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).

“esta perfecta igualdad... de los soberanos, y este interés común que les induce a mantener relaciones mutuas y a prestarse servicios recíprocos, ha dado lugar a una categoría de situaciones en las que se entiende que cada soberano renuncia al ejercicio de una parte de esa jurisdicción territorial plena y exclusiva de la que se ha dicho que es un atributo de todas las naciones”¹¹.

La inmunidad de jurisdicción de los Estados fue afianzándose por obra de la jurisprudencia interna de varios países a la que, posteriormente, fueron sumándose leyes nacionales específicas reguladoras del tema¹².

6. En el siglo XIX, la inmunidad de jurisdicción tenía un carácter absoluto. Era irrelevante el acto origen del litigio, podía ser “claramente comercial” o “inequívocamente público”. La inmunidad se concedía siempre al Estado extranjero.

Pero a principios del siglo XX esta doctrina cambia¹³. “Rompe el hielo en 1918 el Tribunal Federal Suizo”¹⁴.

Y su evolución nos presenta una realidad en la que los tratados internacionales existentes, de alcance universal o regional, que codifican el tema y “en la inmensa mayoría de los Estados”¹⁵ la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros tiene un alcance “relativo” y “no absoluto”:

- Este es el caso, bien conocido, por lo que a la codificación internacional se refiere, del Convenio de Basilea, promovido por el Consejo de Europa, de la inmunidad de jurisdicción del Estado, de 16 de mayo de 1972; o de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 17 de enero de 2005¹⁶.
- Y este es el caso, asimismo, de las legislaciones nacionales que han regulado este principio. Desde las primeras, la ley estadounidense sobre inmunidades soberanas (1976) y la del Reino Unido (1978), hasta las más recientes como las de Israel (2008) o Japón (2009). Desaparecidos los Estados de etiqueta “socialista”, que siempre abogaron por una inmunidad de jurisdicción absoluta¹⁷, esta doctrina solo sigue vigente en algunos países¹⁸.

Desde principios del siglo XX, en efecto, una distinción entre las actividades “soberanas” (*acta iurii imperii*), respecto de las que los Estados gozan de inmunidad de jurisdicción, y las actividades privadas (*acta iure gestionis*), en las que la inmunidad desaparece, empezó a abrirse camino en la jurisprudencia de los tribunales belgas e italianos, para, poco a poco, por medio de su reconocimiento en los tratados internacionales (o proyectos) que he mencionado y su inclusión en ciertas legislaciones de carácter interno¹⁹, irse imponiendo en la mayoría de los Estados. Sigue habiendo con todo algunos sis-

¹¹ *The Schooner Exchange vs. McFaddon y otros* (*supra* nota 6).

¹² Por ejemplo, la ley estadounidense de inmunidades soberanas extranjeras de 21 de octubre de 1976 (modificada en 1989, 1996 y 2008), ley británica sobre inmunidad estatal de 20 de julio de 1978, ley de Singapur sobre inmunidad estatal (1979), ordenanza pakistaní sobre inmunidad de los Estados (1981), ley sudafricana sobre inmunidades de los Estados extranjeros (1981), ley canadiense sobre inmunidad de los Estados (1982), ley australiana sobre inmunidad de los Estados extranjeros (1985), ley argentina (1995), ley de Israel (2008) o ley de Japón (2009).

¹³ Para una síntesis muy clara de su evolución, en particular en la jurisprudencia tanto interna como internacional, *vid.* R. DE GOUTTES: “A propos de l’immunité de juridiction des Etats étrangers”, *L’Etat souverain dans le monde d’aujourd’hui. Mélanges en l’honneur de J.-P. Puissechet*, Paris, Éditions A. Pédone, 2008, pp. 117-126 (pp. 120 ss.).

¹⁴ A.L. CALVO CARAVACA: “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución” cit. (nota 3), p. 647.

¹⁵ La expresión es del profesor Alfonso Calvo (A.L. CALVO CARAVACA: “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución” cit. [nota 3], p. 647).

¹⁶ Respectivamente en www.conventions.coe.int y A/RES/59/38, 2 diciembre 2004, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

¹⁷ OSAKWE, C.: “A soviet perspective on foreign immunity: Law and Practice”, *Virginia Journal of International Law*, 23 (1982), pp. 13-52.

¹⁸ A. CASSESE: *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005 (2ª ed.), p. 100; Sinclair, I.: “The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye/Collected Courses...*, 167 (1980-II), pp. 113-284 (p. 133). *Vid.* también nota 20 *infra*.

¹⁹ Los primeros en adoptar la tesis restrictiva fueron, a principios del siglo XX, Bélgica, Italia, Francia, Suiza, Austria y

temas jurídicos internos anclados en la concepción más tradicional de la inmunidad de jurisdicción²⁰. La tendencia hacia una inmunidad más restrictiva resulta lógica a la par que necesaria, en tanto en cuanto en las últimas décadas los Estados han incrementado notablemente su actuación en ámbitos antes reservados únicamente a actuaciones privadas²¹, con lo que sería injusto que simplemente por detentar esa condición *estatal* no pudieran ser demandados ante los tribunales, pues se generaría una clara situación de desigualdad respecto de sus co-contratantes particulares.

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

- El criterio tradicional para dilucidar la cuestión ha sido, según he señalado ya, el de la distinción entre los *iure imperii* (actos de soberanía, poder público u oficiales) y los actos *iure gestionis* (de naturaleza privada). No obstante, el criterio de distinguir, a los efectos de aceptar o no la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, entre uno y otro tipo de actos plantea cuestiones delicadas. No es fácil siempre, y en la práctica, hacerlo²².
- Se han utilizado, como es sabido, dos criterios: el de la *finalidad* del acto; toda actividad del Estado dirigida a un fin público es un acto *ex iure imperii*. Y el de la *naturaleza* del acto; si un acto sólo puede ser realizado por Estados, por estar inmediata y directamente vinculado con las funciones propias de la soberanía, es de *imperio* (por ejemplo, una expropiación, un acto de guerra, la devaluación de moneda...), pero si el acto puede ser llevado a cabo (también) por un particular, es entonces un acto de gestión (ejemplos: compra de alimentos para el ejército, arrendamiento de locales...).
- Probablemente, el primer criterio es más impreciso que el segundo²³, pero en todo caso el problema real estriba en que, dado que no todos los Ordenamientos jurídicos internos tienen por qué seguir el mismo criterio, puede darse el caso, como jurisprudencia nacional comparada demuestra (italiana, francesa, de los Estados Unidos...), que un mismo acto sea considerado en dos Estados (que emplean criterios diferentes) como sujeto o no a la inmunidad de jurisdicción. Pensemos en un supuesto clásico: la compra de suministros militares por un Estado a una empresa de otro (botas, uniformes...) puede por la *naturaleza del acto* (contrato de compra-venta) considerarse como de gestión, mientras que si atendemos a su *finalidad* (satisfacción de funciones propias de las Fuerzas Armadas) sería seguramente un acto *ex iure imperii*²⁴.

El que la jurisprudencia no haya sido capaz de determinar con claridad, por medio de un criterio general o abstracto, los límites precisos de la inmunidad de jurisdicción es lo que explica que la práctica de los últimos años haya tendido a enumerar, directamente, los actos que se consideran de gestión y en los que, por tanto, no puede hacerse valer la inmunidad de jurisdicción:

la RFA. Los tribunales norteamericanos y británicos se mostraron algo más reacios (los primeros lo hicieron a mediados de los años cincuenta, como reacción al hecho de que la URSS era partidaria de la inmunidad de jurisdicción absoluta y los segundos en los años setenta).

²⁰ Probablemente pueda decirse que desaparecidos los Estados socialistas, esta doctrina solo sigue vigente, y “a veces solo por inercia” (A. REMIRO BROTONS; R. RIQUELME CORTADO; E. ORIHUELA CALATAYUD; J. DIEZ-HOCHLEITNER y L. PÉREZ-PRAT: *Derecho Internacional. Curso general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 568), en algunos países africanos, asiáticos (China por ejemplo) y latinoamericanos.

²¹ Firman contratos, compran, venden, alquilan, emplean personal y actúan como empresarios (...).

²² El Consejo de Estado, en su dictamen 693/2015, de 23 de abril, acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los Estados extranjeros y de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sobre el régimen de privilegios e inmunidades aplicables a las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, pp. 1-52, lo advierte también: “Esta distinción, todavía vigente en la jurisprudencia interna de muchos Estados, se enfrenta al problema fundamental de que la línea divisoria entre los actos de imperio y los actos de gestión dista de ser nítida, y así sucede que, en ocasiones, un mismo acto es considerado de imperio por los tribunales de un Estado y de gestión por los de otro” (p. 26).

²³ “El criterio es confuso y poco operativo, porque, en definitiva, toda actividad desarrollada por el Estado persigue una ‘finalidad pública’...” (A.L. CALVO CARAVACA: “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución” cit. [nota 3], p. 648).

²⁴ De hecho, este supuesto ha provocado en la realidad conclusiones diferentes según el país de que se tratara. La compra fue calificada como acto *iure gestionis* en los tribunales italianos (Governo rumano c. Trutta, Giur. It. 1926, Pt I (1): 774; Foro It. (1925), I, Col. 584 y ss.) y como acto *iure imperii* por los franceses (Gouvernement espagnol c. Casaux, 22 de enero de 1849, Dalloz, 1849, 1) y de Estados Unidos (Kingdom of Roumania v. Guarantee Trust Co. of New York, 240 Fed. 341 (1918)).

- Es lo que hace, por ejemplo el *Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados* de 1972 (artículos 4, 5, 9-11).
- Y la misma tendencia ha fructificado en la *Convención sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes* (2005), cuya Parte III (artículos 10-17) recoge los “procesos en los que la inmunidad de jurisdicción no se puede hacer valer”.

7. Hasta ahora nos hemos referido a la inmunidad de jurisdicción de un Estado, pero sin concretar qué debe entenderse por tal, lo que resulta necesario para discernir si el acto de un determinado órgano puede ser considerado estatal y beneficiarse, por tanto, de la inmunidad. La Convención de Naciones Unidas (2005) utiliza un concepto amplio y flexible, más que el del Convenio de Basilea (1972), al entender por Estado a éste y sus órganos de gobierno, a los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado que puedan realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana, a los organismos e instituciones del Estado u otras entidades que, igualmente, realicen actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado y a los representantes del Estado cuando actúen con tal carácter (artículo 2.1.b).

No está en todo caso claro que dicho concepto sea aceptado generalizadamente; por ejemplo, y antes ya lo apuntaba, el Convenio del Consejo de Europa no reconoce la inmunidad de jurisdicción de las entidades miembros de un Estado federal, salvo en el caso de que este formule una declaración en sentido contrario dirigida al Secretario del Consejo de Europa (artículo 28) y esta tesis ha sido igualmente recogida en algunas legislaciones estatales (como las del Reino Unido o Singapur).

II. El Derecho español sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, anterior a la Ley orgánica 16/2015, de 27 de octubre

8. El Derecho español sobre de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ha experimentado cambios profundos, parejos a la evolución del principio en Derecho internacional. De una parte, la inmunidad de jurisdicción activa (demanda de un Estado extranjero ante tribunales españoles) ha sido tenida en cuenta tanto por la LOPJ (1985), que, como vimos, dispone que la jurisdicción de los tribunales españoles “se exceptúa en los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por el Derecho Internacional” (artículo 21.1 y 2) por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) (2000) (artículo 36.2)²⁵.

También se ocupa nuestro Ordenamiento jurídico de la inmunidad de jurisdicción pasiva (cuando sea España el Estado demandado ante los tribunales de otro). Inicialmente, se contó con el Real Decreto (RD) 1654/1980, de 11 de julio, sobre el Servicio de lo Contencioso del Estado en el extranjero²⁶, cuya exposición de motivos aceptaba que la inmunidad de jurisdicción del Estado español ante los tribunales extranjeros admitía excepciones²⁷. Este texto fue derogado por el RD 997/2003, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado²⁸, y modificado posteriormente por RD 247/2010, de 5 de marzo²⁹.

²⁵ “Los Tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforma a las normas del Derecho Internacional Público” (Ley1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *BOE* de 8 de enero de 2000).

²⁶ *BOE* de 16 de agosto de 1980.

²⁷ Y también lo recogían los artículos 7, 8 y 16.

²⁸ *BOE* de 7 de agosto de 2003.

²⁹ *BOE* de 6 de marzo de 2010. El nuevo texto, podría decirse, oscurece para un observador exterior el Derecho español respecto de lo que transmitía el viejo decreto 1654 (1980), pues en él se adopta un enfoque puramente orgánico-institucional, hurtándose el enunciado de pautas de actuación y la identificación de los criterios aplicables por el Estado español; el nuevo Decreto se limita a remitir a las decisiones pertinentes que adopte el Ministro de Asuntos Exteriores (fundamentalmente artículos 32.2, 34.a), 35.2 y 41.3). Ha podido afirmarse en este sentido que la nueva disposición “supone un claro retroceso” en este aspecto, si la comparamos con el Real Decreto de 1980 al que deroga (P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA: *Sistema de Derecho Internacional Público*, Cizur Menor [Navarra], Civitas y Thomson Reuters, 2011, p. 88).

9. La jurisprudencia española se ha inclinado finalmente por la tesis de la inmunidad restringida desde las STS de 10 de febrero y de 1 de diciembre de 1986 (Sala 6ª)³⁰. Opción que la sentencia 107/1992, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional³¹ confirma (y la extiende a la inmunidad de ejecución de la que no me ocupo en este Estudio).

10. Nuestro país decidió finalmente adherirse³² a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes que abordaré seguidamente. El Consejo de Ministros lo acordó en febrero de 2011³³, en marzo la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados emitió el preceptivo dictamen concediendo al Gobierno la autorización previa al tratarse de un tratado de los relacionados en el artículo 94.1 de la Constitución española vigente sin proponer declaración ni reserva alguna y el Congreso de los Diputados aprobó por asentimiento dicho dictamen³⁴, el Senado comunica a principios de abril que no se han formulado propuestas de enmienda de ningún tipo (ni declaraciones ni reservas por entendernos) y, finalmente, el Senado da cuenta de su autorización el 8 de abril del presente año³⁵.

Hasta la fecha³⁶, la Convención no se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado (*infra* párrafo 25, letra A).

11. Y es importante advertir que la normativa española sobre las inmunidades de los Estados extranjeros, deficiente y dispersa hasta la adopción de la LO 16/2015), convirtió, sí³⁷, a la jurisprudencia de los tribunales españoles, en particular la del Tribunal Constitucional, en la piedra de toque indispensable para conocer el alcance de las inmunidades (en el caso de este Estudio, en concreto de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España).

Desde las sentencias del TS citadas (1986) y la STC 107/1992 también referida, la aplicación judicial de las inmunidades mejoró. Mejora que se hizo, si cabe, más evidente desde la adhesión española (2011) a la Convención de Naciones Unidas (2005). El alcance codificador de su texto, aún no habiendo todavía entrado en vigor, ha sido un referente importante (con algunas excepciones) en la fundamentación jurídica de las decisiones de los tribunales españoles sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros.

Tal es el caso, por ejemplo, de:

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco (Sala de los Social) de 9 de diciembre de 1999 (Consulado Honorario de Alemania)³⁸.

³⁰ Sobre la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros en España hasta 1986, *vid.* F.J. CARRERA HERNÁNDEZ: “La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, XXIII (2007), pp. 63-99 (pp. 64-70).

³¹ BOE de 24 de julio de 1992.

³² Según algunos “una adhesión poco meditada” (J. A. GONZÁLEZ VEGA: “Inmunidades, Derecho Internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015...” cit. [nota 1], p. 96).

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

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

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

³⁶ Hasta hoy, que escribo, martes 31 de mayo de 2016.

³⁷ F. J. CARRERA HERNÁNDEZ: La inmunidad de ejecución...” cit. (nota 30), pp. 65-66.

³⁸ vLex 22294171.

- Auto del Juzgado de lo Social de Madrid de 22 de enero de 2002 (centro público oficial de Italia)³⁹.
- Autos del juzgado de lo Social de Madrid de 1 de marzo de 2002 y 3 de noviembre de 2003 (Embajadas de Gabón y Grecia respectivamente).
- Sentencia del TSJ de Madrid de 29 de enero de 2004 (Consulado de Chile).
- Auto del Juzgado de lo Social de Madrid de 12 de enero de 2005 (Embajada de la República de Corea)⁴⁰.
- O del auto 192/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de septiembre de 2007 (demanda contra la República Argentina)⁴¹.

También, y con posterioridad a la adhesión española (2011) a la Convención de Naciones Unidas (y todas ellas con referencia a despidos improcedentes de dos centros públicos oficiales de Italia en nuestro país):

- La sentencia 13054/2013, de 16 de septiembre, del TSJ Madrid⁴².
- La sentencia 4605/2014, de 25 de junio, del TSJ de Cataluña⁴³.
- Y las sentencias 1017/2014 de 9 de diciembre⁴⁴, 66/2015 de 2 de febrero⁴⁵ y 2101/2015 de 6 de marzo, del TSJ de Madrid⁴⁶.

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

12. Más allá de su génesis, contenido global y otras cuestiones⁴⁷, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó por asentimiento, un 2 de diciembre de 2004, su resolución 59/38 (Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes).

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

Entrará en vigor 30 días después del depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Aún no lo ha hecho (*infra* párrafo 25).

3.1. La inmunidad de jurisdicción del Estado. Inmunidad restringida o relativa

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

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

³⁹ JUR/2002/216230.

⁴⁰ <http://www.poderjudicial.es>

⁴¹ JUR/2007/325577.

⁴² <http://www.poderjudicial.es>

⁴³ vLex 537698410.

⁴⁴ vLex 555898102.

⁴⁵ vLex 559380210.

⁴⁶ vLex 568038358.

⁴⁷ *Vid.* sobre estas C. GUTIÉRREZ ESPADA: “La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, núm. 2, octubre 2011, pp. 145-169 (pp. 152 ss.).

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

- *De manera expresa*, un Estado puede renunciar por tratado internacional, por contrato escrito o mediante una declaración ante el tribunal de otro Estado o comunicación escrita en un proceso determinado (artículo 7); es interesante advertir que estas exigencias de la Convención de las Naciones Unidas no son vinculantes para el Estado del foro, que podrá imponer reglas más estrictas para entender prestado el consentimiento⁴⁸.
- *El consentimiento tácito* se entiende prestado cuando el Estado extranjero incoa él mismo el proceso o interviene realizando cualquier acto en relación con el fondo (artículo 8.1). Aunque no se considerará prestado, si el Estado extranjero interviene en un proceso solo con el fin de invocar su inmunidad o de hacer valer un derecho o interés sobre los bienes objeto del litigio (artículo 8.2) o uno de sus representantes comparece en calidad de testigo ante los tribunales de otro Estado (artículo 8.3).

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

Los artículos 5 a 8 de la Ley Orgánica 16/2015 (*infra* apartado IV) recogen estas disposiciones.

3.2. Las “excepciones” a esta inmunidad

15. Las “excepciones”⁴⁹ a la regla general, según la cual los Estados tienen inmunidad de jurisdicción, se enumeran por la Convención básicamente en su tercera parte, que se ocupa de los “procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer” (artículos 10-17).

16. Habida cuenta, como veremos después (apartado IV), que la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, adoptada en nuestro país sigue estrechamente, en el ámbito de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles, a la Convención de Naciones Unidas, parece conveniente recordar expresamente aquí las disposiciones de ésta en el tema; al menos de tres de ellas, que me parecen de particular relevancia para lo que luego diré sobre la Ley Orgánica 16/2015.

17. Partiendo pues del principio de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros (artículos 5 y 6.2), la Convención señala como excepciones de carácter dispositivo, es decir, si los Estados interesados no convienen otra cosa⁵⁰, las siguientes:

⁴⁸ “Informe de la CDI a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer período de sesiones”, *Anuario CDI 1991*, vol. II, Segunda Parte, pp. 12-67, p. 29 (comentario 11 al artículo 7).

⁴⁹ La CDI, al adoptar en 1991 su Proyecto definitivo de artículos, evitó utilizar términos como los de “límites” o “excepciones” en aras de un compromiso frente a las tesis enfrentadas a propósito del fundamento y naturaleza de la inmunidad: así, para algunos Estados la inmunidad del Estado era un principio de Derecho internacional consuetudinario que tenía algunas excepciones, reconocidas como tales por la práctica; para otros sin embargo, la inmunidad del Estado se limitaba a algunos ámbitos solo por lo que no podría ser calificada de regla general (...) (“Informe de la CDI...”, *Anuario CDI 1991*, volumen II, Segunda Parte cit. [nota 48], p. 35, párrafo 1 de los comentarios a la Parte III). En todo caso, como el párrafo primero del Preámbulo de la Convención se inclina, entiendo, por la primera de esas tesis (“Considerando que las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes constituyen un principio generalmente aceptado en el derecho internacional consuetudinario”), creo que emplear el término “excepción” resulta perfectamente válido.

⁵⁰ Una valoración crítica de este enfoque dispositivo (tan contundente, tan expresiva, tan “efectista” en ocasiones como las que utiliza en sus trabajos) en el artículo del profesor GONZÁLEZ VEGA, JAVIER A.: “Inmunidades, Derecho internacional y tutela

A) Las transacciones mercantiles con una persona física o jurídica (no estatal en todo caso), salvo pacto en contrario de las partes (artículo 10.2.b)⁵¹.

a) La Convención enumera una serie de contratos (artículo 2.1.c), determinando que, a efectos de la calificación de un acto como “transacción mercantil”, debe atenderse principalmente a “la naturaleza del contrato o de la transacción” pero también a su “finalidad” siempre que así lo acuerden las partes o si en la práctica del Estado del foro (versiones en francés e inglés) o en la del Estado parte en la transacción (versión en español, *vid. infra* esta misma letra a] *in fine*) tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o la transacción” (artículo 2.2). Y es que si se tiene en cuenta únicamente el criterio de la naturaleza del acto, los supuestos en los que la aplicación de la inmunidad fuera posible se reducen considerablemente: así, si un Estado ofrece una recompensa para la captura de una persona buscada por sus autoridades, la *naturaleza del acto* llevaría a considerar que dicho Estado no tiene inmunidad de jurisdicción, mientras que si tenemos en cuenta el criterio del *fin* sí podría invocar dicho principio (...)⁵².

La decisión sobre los criterios a utilizar para la definición de transacción mercantil llevó su tiempo. El Proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes de 1991 determinó que la definición de transacción mercantil podía tener en cuenta tanto la *naturaleza* del acto como *su finalidad si así se tenía en cuenta en la práctica del Estado extranjero parte en la transacción*. ¿Razones?: a la postre “para proteger a los Estados en vías de desarrollo”⁵³, pues se pretendía, como la CDI ponía de manifiesto en sus comentarios, que estos Estados pudieran beneficiarse de la inmunidad en algunas transacciones que respondiesen a una razón de Estado, como por ejemplo la compra de víveres para alimentar a una población, para combatir la hambruna o socorrer una zona amenazada o de medicamentos para erradicar una epidemia⁵⁴. La oposición de otros Estados a esta fórmula generó intensos debates en el seno de la Asamblea General, presentándose fórmulas alternativas que no prosperaron⁵⁵.

La fórmula finalmente acordada llegó en el 2003 como fruto de las consultas informales coordinadas por el Relator Chusei Yamada en el seno del Comité Especial de la Asamblea General y supuso una variante de la que la CDI adoptó en su Proyecto definitivo de artículos (1991): para el concepto de transacción mercantil podía tenerse en cuenta tanto el criterio de la naturaleza del acto como (si las partes lo acordaban o así se deducía de la práctica *del Estado del foro*) de su finalidad⁵⁶. La fórmula que resultó a la postre elegida se aproxima a la que se utiliza en ciertas jurisdicciones nacionales, como la francesa, en la que la que la determinación de la inmunidad o no depende “de la naturaleza del acto o de su finalidad” o “de la naturaleza del acto y de su finalidad”⁵⁷.

judicial en la Ley Orgánica 16/2015...” cit. (nota 1), p. 90; también Id.: “La protección de los derechos humanos en la reciente legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. (nota 1), p. 276.

⁵¹ M. GÓMEZ JENE: “Inmunidad y transacciones mercantiles internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, nº 1, pp. 155-178; C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 899-900.

⁵² Sentencia de 1 de noviembre de 2006, *José Guevara v. Perú*, Tribunal de Apelación del distrito 11 (Estados Unidos), núm. 05-16235.

⁵³ G. HAFNER y L. LANGE: “La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens”, *Annuaire Français de Droit International*, L (2004), pp. 45-76 (p. 56).

⁵⁴ “Informe de la CDI... Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, *Anuario de la CDI* cit. (nota 48), p. 20.

⁵⁵ G. HAFNER y L. LANGE: “La Convention des Nations Unies sur les immunités...” cit. (nota 53), pp. 55-56.

⁵⁶ *Vid.* en este sentido las observaciones de G. HAFNER y L. LANGE: “La Convention des Nations Unies sur les immunités...” cit. (nota 53), pp. 58 y 55.

⁵⁷ Respectivamente, sentencia de 20 de junio de 2003, Cour de Cassation, Mme. Naira X c- École saoudienne de Paris et Royaume d’Arabie Saoudite, *Révue Générale de Droit International Public*, 107 (2003), núm. 4, pp. 1002-1008 (anotada por F. Poirat; también De Gouttes, R.: “A propos de l’immunité...” cit. [nota 13], pp. 121-122); y sentencia de 20 de septiembre de 2006, Cour de Cassation, Société Prony habitations c. Guinée Bissau et Mme. Marie Regina Da Costa Gómez, *Révue Générale de Droit International Public*, 110 (2006), núm. 4, pp. 971-972 (nota de G. Le Floch). La diferencia de terminología (el “y” en vez de “o”) entre las decisiones de 2006 y 2003 no ha merecido concreción doctrinal mayor (“sans que l’on sache si le changement mineur apporté est significatif”, P. DAILLIER; M. FORTEAU; y A. PELLET: *Droit International Public*, LGDJ, Paris, 2009, 8ª edición, p. 500).

Para un breve pero interesante recorrido por la jurisprudencia comparada sobre la aplicación de los criterios de la “naturaleza” y de “finalidad”, *vid.* M. GÓMEZ JENE: “Inmunidad y transacciones mercantiles...” cit. (nota 51), pp. 161-164.

Item más: debe advertirse, y luego volveré sobre ello (*infra* párrafo 28, letras A y b) que el texto en español (texto auténtico) de la Convención mantiene, en la definición de transacción mercantil, la fórmula del Proyecto de artículos de la CDI (1991), no la que finalmente resultó adoptada (que sí se recoge, por ejemplo, en los textos, igualmente auténticos, francés e inglés de la misma).

b) Repárese en que, en el contexto de un proceso por una transacción mercantil, la inmunidad de jurisdicción del Estado no resultará afectada (por entender que el Estado no es parte en la transacción) cuando en dicho proceso intervenga como parte en la transacción una empresa estatal u otra entidad creada por dicho Estado que estén dotadas de personalidad jurídica propia y tengan capacidad para demandar y ser demandadas y adquirir bienes, tener su propiedad o posesión y disponer de ellos, incluidos bienes que ese Estado le haya autorizado a explotar o a administrar (artículo 10.3). Esta disposición, que se introdujo en el Proyecto definitivo de artículos de la CDI (1991) fue mantenida finalmente por el Comité Especial de la Sexta Comisión, pero dio lugar a intensos debates. Fue propuesta por los Estados socialistas, que estaban modificando con rapidez su sistema económico, social y político y pasando de un sistema de economía rígida de Estado a empresas estatales con personalidad propia, que como regla general realizaban transacciones mercantiles en su propio nombre, como entidades independientes del Estado que las crea; en dichos países se articuló en este contexto la noción de “bienes de Estado separados”, esto es, que los bienes de una empresa estatal eran distintos de los del Estado por razón de la personalidad jurídica propia de aquella entidad. La solución no satisfizo a algunos Estados occidentales, que temían que ciertos Estados intentasen una limitación de su responsabilidad, en perjuicio de las otra parte en una transacción comercial, mediante la creación de empresas estatales poco capitalizadas para la conclusión de este tipo de actos⁵⁸. La disposición se mantuvo, pero se decidió su inclusión en el “Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención” que forma parte, como anexo, de la misma; en él se establece que el párrafo 3 del artículo 10:

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

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

“Para poder considerar los actos de una entidad como actos de una institución del Estado es necesario que exista una relación jurídica entre el Estado y la entidad de que se trate. Si no se puede demostrar esa relación, no será posible «penetrar el velo» para tener acceso a los bienes de la institución”⁵⁹

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

a) Que el trabajador haya sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público. El alcance de esta excepción se fue restringiendo desde su incorporación, en 1989, al Proyecto de artículos de la CDI en primera lectura (“funciones en el ejercicio del poder público”), pasando por el texto en segunda lectura de 1991 (“funciones estrechamente ligadas al ejercicio del poder público”). La fórmula finalmente adoptada en la Convención (“contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público”) incluye a secretarios privados, criptógrafos, traductores, intérpretes y otras personas que ejercen funciones ligadas a la seguridad o a los intereses fundamentales

⁵⁸ *Vid.* sobre esta cuestión HAFNER y LANGE, “La Convention des Nations Unies...” cit. (nota 53), pp. 62-63; C. KESSDJIAN, y C.H. SCHREUER: “Le Projet d’articles de la CDI des Nations Unies sur les immunités des Etats”, *Révue Générale de Droit International Public*, 96 (1992), núm. 2, pp. 299-341 (p. 325).

⁵⁹ “Informe de la CDI...”, *Anuario CDI*, 1999, vol. II, 2ª Parte, pp. 158-183, pp. 170 ss. (p. 174, párrafo 73).

del Estado⁶⁰; una propuesta de Australia para enumerar las categorías de empleados contempladas no se aceptó⁶¹. En su jurisprudencia reciente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera el artículo 11 de la Convención (en particular esta letra *a* del párrafo 2 del mismo) forma parte del Derecho internacional general y lo utiliza para dilucidar si la eventual inmunidad concedida a un Estado supone o no una violación del derecho al juez previsto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos humanos⁶².

b) El empleado es una persona que tiene inmunidad diplomática (agente diplomático, funcionario consular, miembro del personal diplomático de misiones permanentes ante organizaciones internacionales, de una misión especial, que haya sido designado representante de un Estado en una conferencia internacional o cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática).

c) El empleado es nacional del Estado extranjero al iniciarse el proceso y no tiene su residencia permanente en el Estado del foro.

d) el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador.

e) el objeto del proceso es la rescisión del contrato y el Estado contratante determine que el proceso menoscaba sus intereses de seguridad.

f) Si Estado empleador y trabajador han convenido por escrito otra cosa y siempre que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro no tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso.

C) Las acciones de indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes causados por un acto u omisión atribuible al Estado (artículo 12). Pero para ello, esto es, para que no sea invocable la inmunidad de jurisdicción, resulta preciso que se den, cumulativamente, dos condiciones: la presencia del autor del acto u omisión en el territorio del Estado del foro y que la producción de estos tenga lugar, total o parcialmente, en ese mismo territorio. Se está pensando principalmente en los accidentes de circulación causados por el transporte de personas o bienes por carretera, ferrocarril, aire o agua, pero al mismo tiempo está redactado en términos lo suficientemente amplios para abarcar todo daño intencional, incluidos los eventuales asesinatos políticos⁶³; la inmunidad de jurisdicción sí jugaría en el caso de daños no materiales, esto es, daño moral, procedente de la difamación o la calumnia o que implique un perjuicio de derechos contractuales...⁶⁴.

Si a este dato añadimos que la redacción del artículo 12 que estamos comentando lo permitiría por su amplitud, pudiera pensarse que la Convención ha establecido una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado en los casos de la comisión por éste de violaciones graves de los derechos humanos. Hay un sector doctrinal que se lo ha planteado⁶⁵ y de hecho, algunas de las declaraciones efectuadas por los Estados que se han vinculado a la Convención (Noruega, Suecia, Suiza, Liechtenstein) desean dejar claro, por si acaso, que la Convención en general y su artículo 12 en particular no regulan esta problemática. No es así, desde luego, como de los trabajos preparatorios en su última fase de la Convención demuestran (*infra* párrafo 28, letra B); más en concreto, podría añadirse que una propuesta de insertar en el texto de la Convención una excepción a la inmunidad en caso de graves violaciones de los derechos humanos durante los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional fue rechazada⁶⁶, amén de que en la presentación a la Sexta Comisión del Informe del Comité Especial que intervino en la fase final de los trabajos, su Presidente, el Sr. Hafner, dejó claro que en las negociaciones todos estaban

⁶⁰ “Informe de la CDI...”, *Anuario CDI*, 1991, vol. II, 2ª Parte cit. (nota 48), p. 46 (comentario 9 al artículo 11 de su Proyecto).

⁶¹ Doc. A/C.6/48/L.4, párrafo 63 y propuesta Q.

⁶² *Ad ex.* sentencias *Cudak* (2010), *Sabeh El Leil* (2011), *Wallishauser* (2012), *Oleynikov* (2013)... *Vid.* C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 903-905.

⁶³ “Informe de la CDI...”, *Anuario CDI 1991*, volumen II, Segunda Parte cit. (nota 48), p. 48 (comentario 4 al artículo 12).

⁶⁴ *Ibidem*, p. 48 (comentario 5).

⁶⁵ *Vid. ad ex.* J. FINKE: “Sovereign immunity: rile, comity opr something else?”, *European Journal of International Law*, vol. 21 (2010), n° 4, pp. 853-881 (pp. 862-864).

⁶⁶ *Vid.* C. K. HALL: “United Nations Convention on State Inmunity: The need for a human rights Protocol”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 55 (2006), núm. 2, pp. 411-426 (p. 412).

en el entendido de que el temas de las inmunidades en caso de actividades militares no formaban parte del objeto de la Convención (*infra* párrafo 21).

Hay, sí, otras excepciones, que plantearon en todo caso menos debate, hasta el punto que permanecieron inmutables desde su adopción en la segunda lectura del Proyecto de artículos de la Comisión, en 1991, y que no tienen por lo demás la relevancia de las comentadas respecto de nuestra LO 16/2015⁶⁷.

18. Me parece importante recordar (*supra* párrafo 11) que desde la adhesión español a la Convención la corrección de las decisiones judiciales patrias en aplicación del concepto de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros mejora.

3.3. Ámbitos excluidos de la Convención

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

Respecto del párrafo 1, la Comisión de Derecho Internacional aclaró en sus comentarios que las inmunidades excluidas de la Convención son las que se encuentran recogidas en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (1961), sobre relaciones consulares (1963), la Convención sobre misiones especiales (1969), la Convención sobre la prevención y represión de las infracciones cometidas contra las personas que gozan de protección especial, incluidos los agentes diplomáticos (1973), y la Convención sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (1975)⁶⁸.

En relación con el párrafo 2, es de interés comentar que aunque literalmente en él solo se alude a los Jefes de Estado y no a otros representantes del Estado, el Presidente del Comité Especial que nombró la Asamblea General para concluir los trabajos preparatorios, el Sr. Hafner, aclaró que ello no quería decir que las inmunidades de esos otros representantes sí debían considerarse incluidas en la Convención⁶⁹.

20. La Convención no se refiere a las actuaciones penales. Tal fue el entendido al que llegó el grupo de trabajo luego convertido en Comité Especial y así se hace constar en el Informe final de este a la Sexta Comisión⁷⁰. La resolución de la Asamblea General que aprueba la Convención e invita a los Estados a hacerse parte de ella declaró expresamente, en el párrafo 2 de su preámbulo:

⁶⁷ A saber, no hay inmunidad de jurisdicción en los procesos: para determinar los derechos u obligaciones de un Estado extranjero respecto de bienes, muebles e inmuebles, situados en el territorio del Estado del foro (artículo 13); para determinar los derechos de un Estado extranjero en temas de propiedad industrial o intelectual o la lesión por este de un derecho de la misma naturaleza de un tercero en el Estado del foro (artículo 14); en los procesos relativos a la participación del Estado extranjero con sujetos privados en sociedades constituidas con arreglo al Derecho del Estado del foro o con su sede o establecimiento principal en él (salvo que las partes hayan pactado la inmunidad de jurisdicción en acuerdo escrito o así lo dispusiera el instrumento por el que se rija la sociedad (artículo 15); en procesos sobre la explotación por un Estado extranjero de un buque que en el momento de iniciarse la acción se utilizara para fines que no sean un servicio público no comercial, así como los cargamentos propiedad de un Estado y su transporte en tales buques (salvo que los Estados interesados convengan otra cosa) (artículo 16); y en los procesos que un Estado, que haya concertado por escrito con una persona natural o jurídica extranjera un convenio a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretenda interponer sobre la validez, interpretación o aplicación del convenio arbitral, el procedimiento de arbitraje o la confirmación o anulación del laudo (salvo que el convenio arbitral disponga otra cosa).

⁶⁸ “Informe de la CDI...”, *Anuario CDI 1991*, vol. II, Segunda Parte cit. (nota 48), p. 22 (comentario 2 al artículo 3 de su Proyecto).

⁶⁹ Sexta Comisión, Acta de la 13ª sesión (A/C.6/59/SR. 13, 25 octubre 2004, párrafo 36).

⁷⁰ “Informe del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, 1-5 marzo 2004”, *Asamblea General. Documentos Oficiales. 59 periodo de sesiones. Suplemento núm. 22 (A/59/22)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004, pp. 1-24, p.3 (párrafo 11).

“su acuerdo con la interpretación general a que se llegó en el Comité Especial en el sentido de que la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes no comprende las actuaciones penales” (res. 59/38 de 2 de diciembre de 2004).

Según el Presidente del Comité Especial, esta resolución forma parte del contexto de la Convención de las Naciones Unidas de conformidad con la regla general de interpretación de los tratados codificada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969⁷¹. En mi opinión, y a la luz del artículo 32.2.b de la Convención de Viena dicha afirmación es correcta⁷².

21. La inmunidad de jurisdicción (que es la única de la que trato en este texto) en el caso de las actividades militares quedó fuera de la Convención. Ya los comentarios al artículo 12 del Proyecto de la CDI, que regula uno de los procesos en los que la inmunidad de jurisdicción no puede ser invocada, se determina que su texto no se aplica a las situaciones de conflicto armado. Además, podría añadirse que durante la presentación a la Sexta Comisión del Informe del Comité Especial que intervino en la fase final de los trabajos⁷³, su Presidente, el Sr. Hafner, dejó claro que en las negociaciones todos estaban en el entendido de que el temas de las inmunidades en caso de actividades militares no formaban parte del objeto de la Convención, refiriéndose en concreto a la cláusula de salvaguarda contenida en el párrafo quinto del Preámbulo de la misma (“las normas del derecho internacional consuetudinario seguirán rigiendo las cuestiones que no estén reguladas por lo dispuesto en la presente Convención”)⁷⁴.

De los Estados que han prestado su consentimiento a la Convención, Noruega, Suecia, Suiza y Liechtenstein han declarado expresamente que “La Convención no se aplica a las actividades militares”⁷⁵.

3.4. A modo de conclusión y aún de crónica previamente anunciada de lo que diré después: la Convención, en todo caso, no resuelve ciertas cuestiones actualmente claves en el tema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

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

Pero hay algo más. Incluso en los supuestos de inmunidad de jurisdicción del Estado en aplicación de la tesis restrictiva, ha aparecido con fuerza la idea de la necesidad de que los Estados puedan ser juzgados (y condenados) por un tribunal de otro cuando las actividades de imperio o no comerciales realizadas por él hubiesen supuesto la vulneración de ciertas normas particularmente relevantes del Derecho Internacional, las normas imperativas o de *ius cogens*⁷⁶.

23. Nada de todo esto podrá encontrarse en la Convención de las Naciones Unidas (*vid. infra* párrafos 24-33).

⁷¹ Hafner, G. y Lange, L. : “La Convention des Nations Unies...” cit. (nota 53), p. 75.

⁷² Sobre el contexto de un tratado y su papel en la interpretación del mismo *vid. ad. ex.* C. GUTIÉRREZ ESPADA y M^a. J. CERVELL HORTAL; *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 2012 (3^a ed.), pp. 187-188.

⁷³ “Informe del Comité Especial...”, A/59/22 cit. (nota 70).

⁷⁴ Sexta Comisión, Acta de la 13^a sesión (A/C.6/59/Sr.13), p. 6 (párrafo 36).

⁷⁵ Status as at: 12-05-2016, Chapter III: Privileges and immunities, diplomatic and consular relations etc., 13. UN Convention on jurisdictional Immunities of States and thir property, New York, 2 december 2004 (<http://treaties.un.org/pdf>).

⁷⁶ *Vid. infra* notas 104 y 105.

IV. La LO 16/2015, de 27 de octubre, en el tema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España⁷⁷

4.1. Su conveniencia y/o oportunidad

24. La Convención de Naciones Unidas (2005) no ha entrado en vigor aún, pero la mayoría de sus disposiciones codifican normas de Derecho internacional consuetudinario que a tal efecto pueden ser alegadas y aplicadas por nuestros tribunales y demás órganos del Estado.

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

25. Queda pendiente la cuestión de si con la “entrada” de la Convención de Naciones Unidas en el Derecho español, seguiría vigente la necesidad o la conveniencia de adoptar una legislación nacional específica, como en otros países se ha hecho, de este tema. No creo que entorpezca nada el hacerlo (haberlo hecho) así, por varias razones:

A) De una parte, la Convención de Naciones Unidas no ha entrado aún en vigor y no lo hará en un plazo que no puede determinarse con precisión. Son 21 (mayo 2016) los Estados que han prestado su consentimiento a la Convención⁷⁸, necesitándose otros 9 instrumentos de prestación del consentimiento para llegar a los 30 que la Convención requiere para su entrada en vigor (artículo 30.1); llevará unos años, como poco, posiblemente. La Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de AAEE y de Cooperación, en la Memoria justificativa del Anteproyecto sometido a consulta del Consejo de Estado,

⁷⁷ La Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, *sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España* (BOE 28 de octubre de 2015) es el resultado de la evolución que partiendo del Borrador de Anteproyecto de LO de 16 de marzo de 2015, pasa por el ya *Anteproyecto de Ley Orgánica* sometido al Consejo de Ministros el viernes 10 de abril de 2015, y aprobado por éste (*Consejo de Ministros. Referencia de 10 de abril de 2015*, pp. 1-17, pp. 16-17, www.lamoncloa.hob.es; Reunión del Consejo de Ministros, *Atrevia*, 10/04/15, *Atrevia*, 10 abril 2015, www.atrevia.com). El Consejo de Estado emitió el 23 de julio de 2015 su dictamen núm. 693/2015 sobre este Anteproyecto (debe advertirse, con todo, que dada la petición por el Gobierno [acuerdo del Consejo de Ministro de 17 de julio de 2015], de una respuesta “con carácter urgente y antes del 24 de julio”, fue la Comisión Permanente del Consejo la que emitió el mismo al amparo del artículo 128 de su Reglamento adoptado por RD 1674/1980, de 18 de julio). El *Proyecto de LO* fue presentado al Congreso el 4 de agosto y se publica el 10 de agosto de 2015: *Proyecto de Ley Orgánica sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con oficina o sede en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (121/000162)*, BOCG. Congreso de los Diputados, núm. 162-1, pp. 1-20); el pleno del Congreso adopta con muy pocas enmiendas el Proyecto de LO el 1 de octubre de 2015 (BOCG. Congreso de los Diputados, 7 de octubre de 2015, núm. 162-5, pp. 1-20). Y en el Senado (*Proyecto de LO...*, 621/000160, BOCG. Senado, núm. 607, 2 octubre 2015, pp. 2-22), tras rechazarse todas las enmiendas presentadas, el Pleno de la Cámara Alta adopta sin cambio alguno, en su sesión del 15 de octubre de 2015 (por 205 votos a favor, 1 en contra y 11 abstenciones), el Proyecto de Ley Orgánica que le presentara el Congreso (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, X Legislatura, núm. 178*, 15 octubre 2015, pp. 17573, 17587-17589).

Para un comentario de los privilegios e inmunidades reconocidos en esta importantísima ley, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Director): *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestión y contenido* cit. (nota 1); en particular *vid.* la contribución en este libro del Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: “Por qué una Ley de Inmunidades? Primeras reflexiones a propósito de la pertinencia y el contenido de la Ley Orgánica 16/2015, de privilegios e inmunidad”, pp. 7-40. Este libro incluye como Anexos (pp. 389-641), y amén de la LO 16/2015 misma finalmente aprobada, el texto del Proyecto de Ley enviado al Consejo de Ministros, del Anteproyecto de Ley en su versión revisada de 23 de junio de 2015 remitido al Consejo de Estado, el texto del Anteproyecto de Ley en su versión enviada el 9 de abril de 2015 al Consejo General del poder Judicial y a la Fiscalía General del estado, el Dictamen 693/2015 del Consejo de Estado de 23 de julio de 2015t, el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 28 de mayo de 2015 y el Informe del Consejo Fiscal de 20 de mayo de 2015.

⁷⁸ De 17 Estados partes nos habla el apartado I del Preámbulo de la LO 16/2015, de 27 de noviembre. Cuatro más se han vinculado a la Convención a lo largo de 2015: Liechtenstein (22 abril), México (29 de septiembre), Iraq (2 de diciembre) y Eslovaquia (29 de diciembre (<http://treaties.un.org>) (consulta el viernes 6 de mayo de 2016).

afirmaba con mayor rotundidad que “no tiene visos de entrar en vigor”⁷⁹. La LO 16/2015, de 27 de noviembre precisa en su Preámbulo que ni:

“ha entrado aún en vigor ni es probable que lo haga en un futuro inmediato”⁸⁰.

La Convención (2005), por lo demás, no se ha publicado aún en el BOE. No había obligación jurídica de hacerlo en todo caso: como el artículo 23.1 de la *Ley 25/2014, de 27 de noviembre de tratados y otros acuerdos internacionales* determina, la publicación en el BOE de los tratados: “habrá de producirse al tiempo de la entrada en vigor del tratado o antes si se conociera fehacientemente la fecha de su entrada en vigor”⁸¹; no es el caso de la Convención de Naciones Unidas (2005), como hemos visto. Y, según su artículo 23.2, también habría de publicarse en el *BOE* “si se hubiera comunicado la aplicación provisional de un tratado o de parte del mismo”⁸²; tampoco es el caso de la Convención.

Es cierto que la Convención refleja probablemente y en buena parte Derecho Internacional consuetudinario, ya lo he apuntado; pero la aplicación por los jueces españoles de las normas consuetudinarias, aun facilitada por el texto de la Convención, siempre es más problemática que la del texto de un tratado que forme parte de nuestro Derecho⁸³.

De ahí que la existencia de un texto escrito y sistemático que la tenga en cuenta, como no puede ser de otra forma, queda a mi juicio justificado. Seamos, sin embargo, respetuosos con todo: no todos lo ven así⁸⁴.

B) De otra, la existencia de una Ley clara, plenamente acorde con las obligaciones internacionales de España, reclamada por lo demás por nuestra jurisprudencia desde hace años (STC 107/1992, de 1 de julio, *BOE* 24 de julio de 1992), puede contribuir a dar seguridad a los operadores jurídicos españoles, dado que nuestra normativa anterior y aún el propio Derecho internacional al que nuestra legislación remitía constituían, en palabras del Preámbulo (apartado II) de la LO 16/2015, una “regulación... insuficiente y fragmentada”.

4.2. Su contenido

26. Dos rasgos esencialísimos, en cuanto a la inmunidad de jurisdicción del Estado, informan la LO 16/2015: *de un lado*, y continuando claramente la situación existente en el Derecho español, al

⁷⁹ Dictamen 693/2015, de 23 de julio, cit., p. 10). Lo que al Consejo de Estado mismo parece convencerle (dictamen 693/2015, p. 35).

⁸⁰ Apartado I. “Ello tiene que ver [se ha escrito] con la polémica que arrostra el citado tratado en el que se veía un texto excesivamente conservador y difícilmente aceptable para Estados cuyas jurisdicciones confieren especial relieve a la protección de los derechos fundamentales” (J. A. GONZÁLEZ VEGA: “Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015...” cit. [nota 1], p. 88; Id.: “La protección de los derechos humanos en la reciente legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. [nota 1], p. 273). Pero, me pregunto, ¿acaso no tiene el Derecho Internacional, tantas veces, que renunciar “a lo más” (que algunos defienden) para lograr que sus normas sean también aceptadas “por los más” (que no aceptan ese “más” que algunos defienden)?

⁸¹ *BOE* de 28 de noviembre de 2014. Sobre el artículo 23.1 puede verse el comentario de Liñán Noguera, Diego J.: “Artículo 23.1 y 3. Publicación en el Boletín Oficial del estado y entrada en vigor”, en P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA; J. Díez-Hochleitner; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, (Directores): *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Ley 25/2014, de 27 de noviembre*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 451-473 (en particular 467 ss.).

⁸² Sobre el artículo 23.2: P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA: “Artículo 23.2. Publicación en el Boletín Oficial del estado y entrada en vigor”, en P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA; J. Díez-Hochleitner; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: *Comentarios la Ley de Tratados...* cit., pp. 475-476.

⁸³ Sobre la relación entre la Convención, el Derecho internacional consuetudinario y la LO 16/2015 mantiene, si lo he entendido bien, una posición similar a la que he expuesto J. FERRER LLORET: “La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades: ¿aporta una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho?. Una valoración provisional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 68 (2016), núm. 1, sección FORO, pp. 73-84 (p. 74).

⁸⁴ “Así las cosas, cabe plantear el porqué de la premura en dar pleno cumplimiento a este compromiso internacional aún en ciernes...” (J. A. GONZÁLEZ VEGA: “Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015...” cit. [nota 1], p. 88); Id.: “La protección de los derechos humanos en la reciente legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. (nota 1), p. 274.

menos desde principios de los ochenta del pasado siglo⁸⁵, se ha optado por la tesis de la inmunidad de jurisdicción relativa o restringida de los Estados extranjeros ante los jueces nacionales; *de otro*, la Ley Orgánica sigue, a fin de precisar cuando un Estado extranjero tiene inmunidad de jurisdicción y cuando no la tiene, el que he llamado anteriormente “sistema de lista”.

27. Los artículos 9-16 de la LO 16/2015⁸⁶ establecen “excepciones a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero”. Ocho artículos, ocho excepciones. Se exceptúan, así, de la inmunidad de jurisdicción a la que todo Estado extranjero tiene derecho ante los tribunales españoles (en las condiciones concretas que en cada uno de ellos se precisa):

- Los procesos relativos a las transacciones mercantiles (artículo 9).
- Los procesos relativos a los contratos de trabajo (artículo 10).
- Los procesos relativos a la indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes (artículo 11).
- Los procesos relativos a la determinación de derechos y obligaciones respecto de bienes (artículo 12).
- Los procesos relativos a la determinación de derechos de propiedad intelectual e industrial (artículo 13).
- Los procesos relativos a la participación en personas jurídicas y otras entidades de carácter colectivo (artículo 14).
- Los procesos relativos a la explotación o cargamento de buques pertenecientes a un Estado o explotados por él (artículo 15).
- Los procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral (artículo 16).

Las ocho excepciones, y por su mismo orden, de la Convención de Naciones Unidas (2005). Sí, desde luego, como en la presentación de la Propuesta de Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica y de su necesidad en el Derecho español el Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC, José Martín y Pérez de Nanclares, apuntaba en el Seminario *Inmunidades de los Estados extranjeros y la Organizaciones internacionales en España* que tuvo lugar en la Escuela Diplomática, el 26 de marzo de 2015⁸⁷, se ha cumplido el objetivo propuesto: “incorporar la Convención de Naciones Unidas en el Derecho interno de la manera más fiel posible”. Que esto es así lo creen quienes incluso parecen criticar la necesidad de afrontar una legislación nacional sobre el tema:

“El núcleo de la Ley: la inmunidad del Estado extranjero ‘a mayor gloria de la Convención de Nueva York’”⁸⁸.

⁸⁵ Sobre el Derecho español en este tema antes y después de principios de los ochenta *vid. ad ex.* A. G. CHUECA SANCHO y J. Díez-Hochleitner: “La admisión de la tesis restrictiva de las inmunidades del Estado extranjero en la reciente práctica española”, *Revista Española de Derecho Internacional*, XL (1988), núm. 2, pp. 7-54; L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Civitas, Madrid, 1990; P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA: “El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, núm. 11 (monográfico dedicado a: “Cuestiones prácticas de derecho internacional público y cooperación jurídica internacional”), pp. 91-223.

⁸⁶ El grupo parlamentario de La Izquierda Plural (IU, ICV-EUiA-CHA) propuso enmiendas de modificación de los artículos 10 a 15 del Proyecto de LO que el Gobierno presentó al Congreso el 4 de agosto de 2015 (enmiendas 4-8, en *Enmiendas e índice de enmiendas al articulado*. BOCG. Congreso de los Diputados, 18 de septiembre de 2015, núm. 162-2, pp. 1-21, pp. 2-6). Todas ellas fueron rechazadas: 107 votos contra 180 y 19 abstenciones (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, 2015, núm. 309, p. 116).

En el Senado, el grupo parlamentario Entesa pel Progrès de Catalunya (GPEPC) propuso enmiendas a los artículos 10-15 (enmiendas núm. 3, 11-15, BOCG. Senado. X Legislatura, núm. 611, 13 octubre 2015, pp. 721-739, pp. 722, 727-731); y el grupo parlamentario socialista (GPS) enmienda al artículo 11 (enmienda núm. 23, pp. 735-736). Todas fueron rechazadas (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, X Legislatura*, núm. 178, 15 octubre 2015, pp. 17573, 17587-17589).

⁸⁷ Organizado por la Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC), la Escuela Diplomática y la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio, con la colaboración de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI).

⁸⁸ La cursiva es mía (J. A. GONZÁLEZ VEGA: *Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015...*” cit. [nota 1], p. 88). En un artículo posterior, el profesor GONZÁLEZ VEGA utiliza términos menos expresivos: “el

28. En la medida en que la LO 16/2015 sigue fielmente, en cuanto a la inmunidad de jurisdicción del Estado, los pasos de la Convención de Naciones Unidas y dado que ya he hecho mención (y en concreto y fundamentalmente por esta razón, que ahora el lector comprenderá mejor) de las disposiciones al efecto de la misma, a lo expuesto *supra* me remito. Pero sí quiero no obstante apuntar algo más en dos aspectos concretos: el primero, en relación con el artículo 9 de la Ley Orgánica; el segundo, sobre su artículo 11.

A) El artículo 9 de la LO 16/2015 excluye la inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros en los procesos relativos a las transacciones mercantiles, en las condiciones que en el mismo se precisan. Como lo hace (y no veo diferencia esencial entre ambos) el artículo 10 de la Convención de Naciones Unidas (2005).

a) Y no obstante lo cual, sí podía percibirse a la postre una diferencia entre el Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica y la Convención, que proviene del concepto de transacción mercantil que aquél acogía⁸⁹. Como en el artículo 2.1. letra c de la Convención (2005), el Borrador de Anteproyecto entendía por transacción mercantil los contratos de compraventa de bienes o de prestación de servicios; los contratos de préstamo u otras transacciones de carácter financiero; y cualquier otro contrato de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obras o de servicios (con exclusión de los contratos individuales de trabajo). Pero el Borrador de Anteproyecto descartaba (eliminaba, no recogía) el párrafo 2 del artículo 2 del texto español de la Convención de Naciones Unidas (2005) que expresamente (en particular para “los otros contratos o transacciones”, los que no son de compraventa o préstamos) permite, a los fines de calificarlas o no como “mercantiles”:

- Tanto el criterio de la naturaleza del acto.
- Como el de su finalidad, si las partes en la transacción lo acuerdan o si (repárese) en la práctica del Estado parte en el contrato o la transacción tal finalidad es pertinente para determinar que la transacción no tiene carácter mercantil.

Esta situación se mantuvo en el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica sometido *al* y aprobado *por* el Consejo de Ministros el 10 de abril de 2015⁹⁰.

Parece, en consecuencia, que el Anteproyecto era más restrictivo (permitía menos inmunidad de jurisdicción a los Estados extranjeros, por decirlo con más claridad) que la Convención de Naciones Unidas (2005). No es que critique yo esta posición, pues la utilización del doble criterio (muy en particular cuando “sale de” y beneficia “al” Estado extranjero parte en la transacción) más parece una vuelta, en este punto y tema concreto, a la tesis de la inmunidad de jurisdicción absoluta que otra cosa; y sin embargo, habiéndose obligado nuestro país libre y voluntariamente a las disposiciones de ese tratado internacional, ¿no hubiese debido, pensaba yo, de haber seguido con esta posición, el Gobierno español, por coherencia, estudiar la posibilidad de formular al respecto una “declaración” en su instrumento de prestación del consentimiento al mismo?, y me preguntaba también, habida cuenta que la posición del que habría de ser (una vez el Anteproyecto se convirtiese en Ley) el Derecho español en este punto “modificaba” la situación resultante de una de las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas (2005) “consentida” por España, si dicha declaración no debiera tener en concreto (de entrar en vigor ésta) la naturaleza de *reserva*. Por lo demás, y a estos efectos, es sabido que aunque la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), de la que España es parte⁹¹, apunta (artículo 2.1.d) que

propósito fundamental de la Ley es la ‘incorporación’ de la Convención de Nueva York...” (“La protección de los derechos humanos en la legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. [nota 1], p. 273).

⁸⁹ Artículo 2, letra K del mismo. Pasó a ser, en el texto del Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 10 de abril de 2015 la letra l; y, después, la letra n del artículo 2, tanto en el Proyecto de LO aprobado por el pleno del Congreso el 1 de octubre de 2015, en el que adoptó el pleno del Senado el jueves 15 de octubre, así como, finalmente, en la LO 16/2015 publicada en el *BOE*.

⁹⁰ *Supra* nota 77.

⁹¹ *BOE* de 13 de junio de 1980.

el momento procesal de formular reservas a los tratados es el de su autenticación o prestación del consentimiento, la práctica no excluye su formulación por sujetos que ya hayan prestado su consentimiento (como España a la Convención de Naciones Unidas [2005]) a un tratado)⁹².

No se hacía, por lo demás, respecto de la cuestión que planteo comentario ni sugerencia alguna en el dictamen 693/2015, de 23 de julio, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de LO.

No obstante todo lo cual, el texto que finalmente se presentó al Congreso de los Diputados el 4 de agosto de 2015⁹³ ya incluye (artículo 2, letra l) el párrafo de la Convención de Naciones Unidas (artículos 2.1.c) que se omitía en el Anteproyecto, con la redacción que sigue:

“Para determinar si un contrato o transacción es una ‘transacción mercantil’, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte es uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o la transacción”

El Proyecto de Ley Orgánica adoptado por el pleno del Congreso el 1 de octubre de 2015 mantenía dicho texto (artículo 2, pasando a ser la letra n) e igualmente lo hacía el texto adoptado finalmente por el pleno del Senado el jueves 15 de octubre de 2015⁹⁴. También, claro es, la LO 16/2015 publicada en el *BOE*.

b) Con lo cual se plantea una cuestión añadida. El texto en español de la Convención de Naciones Unidas es uno de sus textos auténticos (artículo 33 de la misma); pero lo son también, además del árabe, chino y ruso, el francés y el inglés. La cuestión surge cuando se observa que la definición de transacción mercantil en el texto español no coincide (en el tema de los criterios a utilizar para definir qué son transacciones mercantiles) con las de sus textos (coincidentes por lo demás entre sí) en francés e inglés: aquél determina, como he apuntado, que se entenderá por transacción mercantil la que lo sea “por la naturaleza del acto” o “(si así lo acuerdan las partes...o si, en la práctica del Estado que es parte en uno [el contrato] u otra [la transacción] es pertinente) su finalidad”; éstos se basan también en dos criterios: la naturaleza del acto y la práctica en concreto “del Estado del foro”. Esto es, en el texto español (auténtico) se tiene en cuenta la práctica del Estado parte en la transacción (cabe entender que el Estado extranjero demandado), en los textos inglés y francés (auténticos asimismo) la práctica del Estado del foro; doctrina que ha comentado las versiones en inglés⁹⁵ y francés⁹⁶ de la Convención coinciden en que “la práctica del Estado demandado no es factor decisivo”.

España hubiese debido, cuando depositó su instrumento de adhesión a la Convención, formular una declaración interpretativa al respecto que sacara a la luz esta divergencia entre tres de los textos auténticos y propusiera una solución razonable para la misma, pero no lo hizo; contribuyendo así (dicho sea) a que el tema no fuese advertido debidamente y en tiempo útil. ¿En qué sentido España hubiera debido pronunciarse?: pienso que hubiera podido argumentarse que dándose un problema de interpretación de tratados autenticados en varias lenguas, la aplicación del artículo 33 de la Convención de

⁹² Vid. C. GUTIÉRREZ ESPADA y M^a. J. CERVELL HORTAL: *El Derecho Internacional en la Encrucijadas...* cit. (nota 72), pp. 149-150. La profesora Riquelme Cortado, que ha trabajado con rigor el tema de las reservas, ha señalado recientemente al respecto, “incluso en defecto de previsión convencional”, cómo algunos depositarios de tratados multilaterales, en particular el Secretario General de Naciones Unidas (y recuerdo yo al lector que el Secretario General de Naciones Unidas es el depositario de la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, según determina el artículo 32.1 de la misma) han llevado a cabo, con ciertas condiciones, una práctica permisiva de las *reservas tardías*; añade además, esta autora: “la CDI admite y regula esta práctica, subrayando no obstante su carácter excepcional” (R. RIQUELME CORTADO: “Artículo 21. Reservas y declaraciones”, en P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA; J. Díez-Hochleitner; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Directores): *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales...* cit. (nota 81), pp. 397-427 (pp. 406-407).

⁹³ *Supra* nota 77.

⁹⁴ *Supra* nota 77.

⁹⁵ G. HAFNER y U. KOHLER: “The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of status and their Property”, *The Netherlands Yearbook of International Law*, XXXV (2004), pp. 3-49.

⁹⁶ I. PINGEL: “Observations sur la Convention du 17 janvier 2005 sur les immunités des Etats et de leurs biens”, *Journal de Droit International*, 132 (2005), núm. 4, pp. 1045-1066 (pp. 1048-1049).

Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), disposición flexible y razonable⁹⁷, permitiría a España llegar a la conclusión (“se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos” [los textos auténticos que divergen], párrafo 4 del artículo 33 citado) de que la definición de transacción mercantil se basa en los criterios de naturaleza del acto y práctica del Estado del foro⁹⁸. Insisto, no se hizo.

No puede criticarse al Legislador que se base en el texto auténtico en español de la Convención para referirse a la definición de transacción mercantil; y menos aún el no haber definido el concepto utilizando sin más las versiones francesa o inglesa del mismo⁹⁹. Me pregunto, con todo, si no hubiera sido de interés encontrar una fórmula que hubiese permitido a la Ley, al definir el concepto de transacción mercantil, sacar a la luz la divergencia entre los textos español, francés e inglés y conectarla con la presentación, aprovechando su adopción, de una declaración interpretativa de nuestro Gobierno sobre este punto a la Convención¹⁰⁰.

B) El artículo 11 (que exceptuaba la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en procesos relativos a indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes) del Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica incorporaba un párrafo 2, no previsto en la Convención de Naciones Unidas (2005), en el que se llevaba a cabo una excepción de la excepción. Este párrafo, en efecto, afirmaba:

“no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en los procesos a que dicho apartado se refiere, cuando.

a) El acto u omisión de las Fuerzas Armadas se hubiera producido en el curso de un conflicto armado”

a) Repárese en que la formulación prevista no establecía matiz alguno, determinando simple y tajantemente que en el caso de daños causados a las personas o sus bienes por un Estado extranjero en el curso de un conflicto armado (lo que como es natural llevarán a cabo sus Fuerzas Armadas, esto es, por medio de *acta ex iure imperii*), el Estado podría invocar el principio de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales españoles (sin importar en su caso, parece debe entenderse, la naturaleza imperativa o no de las normas que eventualmente se incumpliesen en tales casos).

El Borrador de Anteproyecto, pues, haría explícita por decirlo así la *lex lata* imperante en el Derecho Internacional en vigor, tal y como, por ejemplo, aplicó el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de las *inmunidades jurisdiccionales* (2012), que entiende, a la postre, que el Derecho Internacional vigente permite a los Estados, aun en caso de actos *de imperio*, invocar su inmunidad de jurisdicción ante los tribunales del Estado del foro pese a que la conducta de sus fuerzas armadas en el marco de un conflicto bélico (las alemanas en Italia en la Segunda Guerra mundial) implicase la violación de normas de *ius cogens*, como las que prohíbe la comisión de crímenes internacionales.

Esto es, el Borrador de Anteproyecto lejos de manifestarse “sensible” a la tendencia que propicia reconocer una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado por *acta ex iuri imperii* cuando

⁹⁷ Que establece que en caso de no poder resolverse el problema interpretativo aplicando la regla general de interpretación del artículo 31 o la del artículo 32 (que permite tener en cuenta los trabajos preparatorios y por tanto el trámite seguido en el proceso de elaboración de la Convención, y *compris*, obvio es, en nuestro caso el proyecto de artículos de la CDI y sus comentarios sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus bienes), el intérprete “adoptará el sentido que mejor concilie esos textos” [los textos auténticos que divergen] (artículo 33.4). Sobre la interpretación de los tratados autenticados en varias lenguas vid. C. GUTIÉRREZ ESPADA y M^a. J. CERVELL HORTAL: *El Derecho internacional en la encrucijada...* cit. (nota 72), pp. 190-191; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Artículo 35. reglas de interpretación”, en P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA; J. DÍEZ-HOCHLEITNER; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, (Directores): *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales...* cit. (nota 81), pp. 709-744 (pp. 730-731). Ítem más, como señala la autora citada, aunque “los criterios interpretativos vinculados con el plurilingüismo están llamados a tener una menor relevancia en el proceso reinterpretación de un tratados a los efectos de su aplicación en el orden jurídico interno (...), ello no liberará al operador jurídico de aplicar los criterios de interpretación contenidos en el artículo 33...” (p. 731).

⁹⁸ Y es que, como ha apuntado Ferrer Lloret, al particular español que litigue en su caso con un Estado extranjero le resultaría más favorable que se tenga en cuenta la práctica en este punto “del Estado del foro” que la del Estado extranjero demandado; al particular español y también a los jueces españoles, claro (vid. “La Ley Orgánica 16/2015 de inmunidades...” cit. [nota 83], p. 76).

⁹⁹ Como (parece) sugiere J. FERRER LLORET: “La Ley Orgánica 16/2015 de Inmunidades...” cit. (nota 83), p. 76.

¹⁰⁰ Vid. *supra* nota 92 y el texto correspondiente a la misma.

estos supongan (en el marco de un conflicto armado o fuera de él) la violación de normas de *ius cogens*, tendencia que aparece incluso en el trámite legislativo de la LO 16/2015, con las enmiendas de diversos grupos parlamentarios al artículo 11 del ya Proyecto de Ley Orgánica presentado al Congreso de los Diputados y, seguidamente, al Senado (*vid. infra* párrafo 32), lejos, digo, de mostrarse sensible a estas propuestas el Borrador de Anteproyecto se inclinaba abiertamente por “declarar” el Derecho Internacional en vigor (lo que, por lo demás, recuérdese, no hizo la Convención de Naciones Unidas).

¿Era necesario “sobreactuar” de este modo?, ¿acaso no dejaba resuelta, en el mismo sentido del Borrador, esta cuestión ya el Derecho Internacional? ¿Resultaba preferible significarse así en vez de, simplemente, guardar silencio y a la postre subirse al tren de los que, sabiendo que el Derecho Internacional hoy es el que es en este tema, no renuncian a desear su cambio? Otros se habían decantado por una actitud más “discreta”, como algunos de los Estados que, como el nuestro, han prestado su consentimiento a la Convención de Naciones Unidas (2005) que calla sobre esta cuestión: así, Finlandia, Italia, Noruega o Suecia declararon, al depositar sus respectivos instrumentos de prestación del consentimiento, que daban por entendido que la Convención no era aplicable “a las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado”¹⁰¹. Lo que quiero decir es que estos Estados dejaban en manos del Derecho Internacional en vigor (sin afirmar, por lo demás, expresamente cual era en el momento) pero también de su posible evolución la solución del tema.

Si personalmente, y más tarde volveré sobre ello, me inclinaba por esto último, el lector entenderá por qué me parece un acierto haber eliminado el párrafo 2 del artículo 11 propuesto en el Borrador del texto del Anteproyecto de Ley Orgánica que se presenta finalmente al Consejo de Ministros y este adopta el viernes 10 de abril de 2015. Situación, ésta, que se mantuvo en el artículo 11 del Proyecto de Ley Orgánica presentado al Congreso y adoptado por el pleno del Congreso de los Diputados y, seguidamente, por el Senado en octubre de 2015¹⁰². Naturalmente, en la LO 16/2015, de 27 de noviembre, dicho párrafo tampoco figura.

b) Doctrinalmente, se ha considerado un error que el artículo 11 de la LO 16/2015 no haya incluido finalmente el párrafo al que me he referido en la letra a) *supra*, esto es, que no se haya reconocido expresamente que en el caso de daños causados en territorio del Estado del foro en un conflicto armado, el Estado extranjero sí pueden valerse de la inmunidad de jurisdicción¹⁰³.

Esta posición, repárese, se apoya en la realidad del Derecho internacional vigente y excluye la tendencia en curso a no aceptar la inmunidad de jurisdicción del Estado en casos (de conflicto armado o sin él, en el territorio del Estado del foro o fuera de él) en que se violasen normas imperativas del Derecho internacional.

Esta posición, se basa en el riesgo para la seguridad jurídica que supone no advertir de la aplicación de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en caso de daños causados en un conflicto armado (en el territorio del Estado del foro o no).

Y es que esta posición, en fin, parece sugerir que el texto del artículo 11 de la LO 16/2015, que no reconoce la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros por daños a las personas o los bienes cometidos en el territorio del Estado del foro, defiende (en ausencia de la excepción a la excepción que no se recogió finalmente) la idea de que un Estado extranjero no podría alegar el principio de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales españoles por los daños causados en un conflicto armado en el territorio del Estado del foro. Y ello (lo que sería correcto) rompe clara y contundentemente con el Derecho internacional en vigor lo que provocaría problemas y conflictos en las relaciones con otros Estados. Por eso se consideraba necesario recoger expresamente la excepción par evitar problemas con el Derecho internacional.

¹⁰¹ En la presentación ante la Sexta Comisión del Informe Final del Comité Especial (la Asamblea General había reconvertido el Grupo de Trabajo creado por la CDI en Comité Especial [A/RES/55/150, 12 de diciembre de 2000]), su presidente, el Sr. Hafner, dejó claro que en las negociaciones todos estaban en el sobrentendido de que las inmunidades en supuestos de actividades militares no formaban parte de la Convención (Sexta Comisión, Acta de la 13ª sesión [A/C.6/59/SR.13, p. 6, párrafo 36]).

¹⁰² *Supra* nota 77.

¹⁰³ El profesor FERRER se refiere (*lapsus calami* probablemente) a su artículo 12. *Vid.* su argumentación completa en J. FERRER LLORET: “La Ley Orgánica 16/2015 de inmunidades...” cit. (nota 83), pp. 77-79.

A mi juicio, ese temor es infundado. El artículo 11 de la LO 16/2015 se inspira fielmente (como en las demás excepciones a la inmunidad de jurisdicción) en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas (2005). Y en ésta (en concreto con particular referencia a su artículo 12) quedó perfectamente claro, como a lo largo de su proceso “legislativo” se ha puesto de manifiesto, que su texto no es aplicable al caso de los conflictos armados (ni dentro ni fuera del territorio del Estado del foro). Ergo, el artículo 11 de la LO 16/2015 (que no incluye ya la excepción de la excepción a la que aludía antes) no está negando la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros que en el marco de un conflicto armado causasen daños a personas o bienes en el territorio del Estado del foro.

4.3. Del “absolutismo” de la concepción restringida o relativa sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros (...)

29. Cuando un 17 de enero de 2005 se abre a la firma la Convención de Naciones Unidas, ya estaba presente, en la doctrina y en la práctica internacionales, una tendencia que atacaba el “absolutismo” de la concepción restrictiva de la inmunidad de jurisdicción¹⁰⁴, según la cual la inmunidad de jurisdicción del Estado sólo cedía en los casos en los que éste obra como un particular (*acta ex iure gestionis*), pero no (de ahí lo de “absolutismo”) cuando lo hacía como Estado, como ente dotado de *imperium* (*acta ex iure imperii*). Esa tendencia defendía que cuando un Estado, como tal, actuando *ex iure imperii*, cometiese violaciones graves de normas imperativas del Derecho Internacional, como las que prohíben la tortura, el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad o la violación sistemática, generalizada, masiva, de los derechos humanos, no podía ampararse en la inmunidad de jurisdicción¹⁰⁵.

Si se leen con atención sus obras, los defensores de esta tendencia recurren, se advierte, a dos argumentos distintos:

- Algunos autores entienden que pese a la naturaleza pública del comportamiento del Estado (pese, dicho en román paladino, a tratarse de actos *ex iure imperii*), la responsabilidad civil derivada de estos crímenes puede serle exigida, pues en la medida que el Derecho Internacional contemporáneo exige la represión de conductas tan viles, resulta obligado “desactivar”¹⁰⁶ toda posible inmunidad.
- Otros señalan¹⁰⁷ que entre las funciones de un Estado no está cometer crímenes internacionales, como torturar o secuestrar civiles...; de ahí que estas conductas no puedan calificarse

¹⁰⁴ Vid. ad ex. A. CASSESE: *International Law* cit. (nota 18), pp. 105-108; C. ESPÓSITO MASSICCI: “Sobre la emergencia de una excepción a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante las violaciones graves de derechos humanos”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2007*, Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2008, pp. 207-223; Id.: *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Thomson-Civitas y Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 229-265; Id.: “El *ius cogens* y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia”, en S. TORRES BERNÁRDEZ; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS; C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ; J. QUEL LÓPEZ; A.G. LÓPEZ MARTÍN, (coords.): *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del s. XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp. 333-348.

¹⁰⁵ Vid. Al respecto, J.F. FLAUSS: “Droit des immunités et protection internationale des droits de l’homme” *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 10, nº 3, 2000, pp. 299-324; KAPLAN, L.M.: “State immunity, human rights and *ius cogens*: A critique of the normative hierarchy theory”, *American Journal of International Law*, 2003, pp. 741-781; THOMAS, K.R. y SMALL, J.: “Human rights and State immunity: Is there immunity from civil liability for torture”, *Netherlands International Law Review*, 2003, pp. 1-30; F. POIRAT: “Les immunités des sujets du Droit International (États wet organisations internationales)”, J. VERHOEVEN (Dir.), *Le Droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Paris-Bruselas, LGDP-Lercier, 2004, pp. 11-60 (pp. 51-60); C. ESPÓSITO MASSICCI. *Inmunidad del Estado y derechos humanos* cit. (nota 104), pp. 229 ss.; C. FOCARELLI: “Immunité des états et *ius cogens*. La dynamique du Droit International et la fonction du *ius cogens* dans le processus de changement de la règle sur l’immunité juridictionnelle des États étrangers”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 112, nº 4, 2008, pp. 761-795; Id.: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 905-909; J. FINKE: “Sovereign immunity: rule, comity or something else?” cit. (nota 65), pp. 853-881 (pp. 853-857, 861 ss., 866 ss., 880-881).

¹⁰⁶ El término es de A. L. CALVO CARAVACA: “La inmunidad de jurisdicción y de ejecución...” cit. (nota 3), p. 653.

¹⁰⁷ Vid. ad ex. A. BIANCHI: “Immunity versus human rights: The Pinochet case”, *European Journal of International Law*, 10 (1999), núm. 2, pp. 237-277; I. WUERTH: “Pinochet’s legacy reassessed”, *The American Journal of International Law*, 106 (2012), núm. 4, pp. 731-768.

de actos de imperio o de gestión, constituyendo un *tertium genus* de actos que no se hallan cubiertos por el principio de inmunidad de jurisdicción.

30. Esto ya se sabía, insisto, cuando la Convención de Naciones Unidas se adoptó (2004) y se abrió a la firma (2005). Pese a ser aprobada por la Asamblea General en diciembre de 2004 y abierta a la firma a principios de 2005, en fechas pues en las que los debates anteriormente apuntados estaban en pleno apogeo, quienes la redactaron no quisieron saber nada del tema. Lo cual, si bien se mira, es también una respuesta. Los intentos, que se hicieron, para que la Comisión de Derecho Internacional y luego la Sexta Comisión se pronunciasen sobre el tema fueron inútiles: la CDI, en la segunda fase de los trabajos preparatorios, creó un grupo de trabajo bajo la presidencia de Gerhard Hafner, confiándose la relatoría al Sr. Yusei Yamada; el grupo elaboró un informe en el que decidió incluir un apéndice por el que se hacía saber a la Sexta Comisión la existencia de una práctica incipiente que veía en los violación de normas de *ius cogens* por actos de Estado una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción; en él se recogía, por ejemplo, la enmienda en 1996, revisado en 2008, por los Estados Unidos de América de su *Foreign Sovereign Immunity Act* (1976) para incluir en ella una nueva excepción a la inmunidad de los Estados extranjeros, que se refería a los supuestos en que “se demandan indemnizaciones pecuniarias a un Estado extranjero por daños corporales o muerte causados en un acto de tortura, ejecuciones extrajudiciales, sabotaje aéreo, toma de rehenes...”¹⁰⁸ o se citaba el asunto Pinochet ante la Cámara de los Lores británica (...) ¹⁰⁹; concluyendo el Informe afirmando que dichos desarrollos “no deberían ser ignorados”. Pero la Sexta Comisión no lo tuvo en cuenta¹¹⁰.

Parece razonable entender que entonces (1999) los Estados consideraron que la tendencia de la que se les informaba acerca de la emergencia de una nueva excepción a la inmunidad de los Estados (la que la doctrina italiana llama una “*eccezione umanitaria*” a la obligación de reconocer la inmunidad en el caso en el que el Estado extranjero sea acusado de graves violaciones de los derechos humanos)¹¹¹ era solo eso entonces, una tendencia. Algunos de los Estados que hasta el momento han prestado su consentimiento a la Convención han declarado expresamente entender que ésta no regula el tema de la relación entre inmunidad de jurisdicción y derechos fundamentales y que, por tanto, habrá que estar en su caso a la evolución que el mismo pueda tener en el futuro¹¹².

¹⁰⁸ 28 U.S.C. parágrafo 1605A, <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605A> (consulta del lunes 23 de mayo de 2016). Sobre una aplicación reciente de la excepción (sentencia del TS de los Estados Unidos de 20 de abril de 2016, en el asunto *Bank Markazi, aka The Central Bank of Iran, Petitioner v. Deborah Peterson et al.*), muy crítica con la práctica de los Estados Unidos generada por ella, vid. V. GRANDAUBERT: *Is there a place for sovereign immunity in the fight against terrorism? The US Supreme Court says 'no' in Bank Markazi v. Peterson*, may 19 2016, Blog of the European Journal of International Law (EJIL: Talk!), www.ejiltalk.org.

¹⁰⁹ “Informe de la CDI (...), anexo: Informe del grupo de trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes”, *Anuario de la CDI*, 1999, vol. II, Segunda Parte cit. (nota 59), pp. 158 ss. (pp. 181-182, párrafos 9-12 del Apéndice al Informe del Grupo).

¹¹⁰ Convention on jurisdictional immunities of States and their property. Report of the Chairman of the Working Group *Chairman*: Mr. Gerhard Hafner (Austria), doc.: A/C.6/54/L.12, 12 noviembre 1999, pp. 1-10 (p. 7, párrafos 46-48).

¹¹¹ C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), p. 893.

¹¹² Casos de *Finlandia* (“la Convención es sin perjuicio de cualquier futuro desarrollo jurídico relativo a la protección de los derechos humanos”), *Noruega* (“para Noruega, la Convención se entiende sin perjuicio de cualquier hecho nuevo que se produzca en la escena internacional en materia de protección de los derechos humanos”), *Suecia* (“Suecia declara que para ella, la Convención debe entenderse sin perjuicio de cualquier hecho nuevo que se produzca en la escena internacional en materia de protección de los derechos humanos”), *Suiza* (“Suiza considera que el artículo 12 no regula la cuestión de las acciones de reparación pecuniaria por violaciones graves de los derechos humanos atribuibles presuntamente a un Estado y cometidas fuera del Estado del foro. En consecuencia, esta convención no prejuzga los desarrollos del Derecho internacional en este ámbito). También Italia (a la postre) viene a declarar los mismo (“al depositar el presente instrumento de ratificación, al República italiana desea señalar que Italia entiende que la Convención deberá ser interpretada y aplicada de acuerdo con los principios de Derecho internacional y en particular los principios relativos a la protección de los derechos humanos frente a violaciones graves” (<http://treaties.un.org/pdf>).

31. Sí, parece razonable entender que los Estados consideraron que la tendencia que se daba en la práctica (emergencia de una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado) era sólo eso, una tendencia, una manifestación en embrión *de lege ferenda*.

Bueno, así era de acuerdo con jurisprudencia internacional relevante de la época¹¹³. Tanto en el asunto *Al Adsani* (sentencia de 21 de noviembre de 2001) como en el asunto *Kalogeropoulos y otros* (sentencia de 12 de diciembre de 2002), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) lo dejó claramente sentado¹¹⁴; también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Lechouritou* (sentencia de 15 de febrero de 2007). Afirmaba el TEDH en el asunto *Kalogeropoulos*:

“El Tribunal no considera establecido que esté ya admitido en Derecho Internacional que los Estados no puedan pretender gozar de inmunidad en caso de acciones civiles por daños-intereses por crímenes contra la humanidad que se presenten en el territorio de otro Estado (...)”¹¹⁵.

Bueno, y así, aún, parece seguir siendo a tenor de posteriores manifestaciones doctrinales y jurisprudenciales:

- Tal es el caso, en el primer supuesto, de la resolución del Instituto de Derecho Internacional (IDI), e su sesión de Nápoles (2009), sobre la *inmunidad de jurisdicción de los Estados y de sus representantes por crímenes internacionales*¹¹⁶.
- Y por supuesto tal es el caso, respecto del segundo, de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), de 3 de febrero de 2012, en el asunto sobre las *inmunidades jurisdiccionales (Alemania c. Italia, con intervención de Grecia)*¹¹⁷: en él, la Corte en una argumentación tan “adjetiva” como irritante que se basa en la distinta naturaleza jurídica de las normas en presencia (“procesal” la relativa a la inmunidad de jurisdicción y “sustantiva” las normas de *ius cogens* que prohíben los crímenes internacionales), considera que aún perpetrada por un Estado actuando como tal la violación de esas normas sustantivas, la inmunidad de jurisdicción le ampara¹¹⁸.

Esta decisión, se ha interpretado, “cierra el debate a favor de la operatividad de esta inmunidad de jurisdicción”¹¹⁹.

32. Es de interés advertir que en la tramitación parlamentaria de la LO 16/2015, de 27 de noviembre, una enmienda del grupo parlamentario socialista al Proyecto de Lo presentado en agosto ante el Congreso de los Diputados, proponía añadir un párrafo 2 al artículo 11 del siguiente tenor:

“2. Un Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria por muerte o lesiones sufridas por una persona o por daño o pérdida de bienes causados por un acto u omisión presun-

¹¹³ Vid. *ad ex.* C. GUTIÉRREZ ESPADA: “La adhesión española...” cit. (nota 47), pp. 165-169 (párrafos 31-34).

¹¹⁴ Vid. C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 908-909.

¹¹⁵ Decisión de Admisibilidad, de 12 de diciembre de 2002, en el asunto *Kalogeropoulos y otros c. Grecia y Alemania*.

¹¹⁶ Artículo 4 (el dedicado a la inmunidad de los Estados): “En un asunto civil en el que se plantee el crimen internacional cometido por el representante de un Estado, las disposiciones precedentes [referidas a la responsabilidad de esos individuos] no prejuzgan la existencia y las condiciones de aplicación de la inmunidad de jurisdicción que ese Estado puede, dado el caso, invocar ante los tribunales de otro Estado” (http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2009_naples_01_fr.pdf).

¹¹⁷ Sobre la misma *vid. ad ex.*: Ferrer Lloret, J.: “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*, 24 (2012), pp. 1-36; M^a. A. CEBRIÁN SALVAT: “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5 (2013), núm. 2, pp. 265-290; C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 911-913.

¹¹⁸ “La Corte concluye, en consecuencia, que aun de admitir que las acciones intentadas ante las jurisdicciones italianas se referían a violaciones del *ius cogens*, la aplicación del Derecho Internacional consuetudinario relativo a la inmunidad de los Estados no se vería afectada” (Sentencia de 3 de febrero de 2012, párrafos 92-97 y párrafo 139).

¹¹⁹ A. L. CALVO CARAVACA: “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución” cit. (nota 3), p. 653.

tamente atribuible a dicho Estado, cuando los mismos sean consecuencia de actos constitutivos de graves violaciones de las normas de ‘ius cogens’”.

Fue rechazada¹²⁰

Aprobado por el Congreso el Proyecto de LO y presentado al Senado, el grupo parlamentario socialista presentó de nuevo en este la enmienda referida; también lo hizo y en idénticos términos el grupo parlamentario Entesa pel Progrès de Catalunya. Fueron igualmente rechazadas¹²¹.

33. Por más que personalmente desee un cambio, no creo deban cerrarse los ojos a la realidad. ¿El gesto de unirse ya al intento de forzar el cambio y establecer una norma que hoy por hoy no es conforme al Derecho Internacional, con los problemas consiguientes que en las relaciones con otros Estados pudieran originarse, resulta mejor para los intereses de España como Estado soberano que el esperar a que el Derecho Internacional evolucione en este punto?

Yo no estoy seguro¹²². Y entiendo la “prudencia” del Legislador, al aceptar, con su silencio, que no hay en este punto (en el Derecho Internacional en vigor) una nueva excepción al principio de inmunidad de jurisdicción del Estado cuando, como tal, se comportara, pero sin descartar que la evolución de dicho Ordenamiento jurídico pueda en su día contenerla. Insisto, aprobar ya una ley contraria en este punto al Derecho Internacional en vigor para intentar contribuir a la ruptura del Derecho Internacional vigente y que este cambie, sin poder asegurar que esto vaya a suceder en un tiempo razonable, no me parece desde el punto de vista del Estado alternativa mejor, aunque personalmente desee que el Derecho internacional evolucione en este punto¹²³. Se ha considerado “lamentable” una solución legislativa como la adoptada, particularmente, se dice, “en tiempos líquidos”¹²⁴. Yo no estoy seguro que los tiempos sean “tan líquidos” como se pretende (“semisólidos” quizás)¹²⁵ y las circunstancias de la adopción (aprovechando la ausencia de determinados miembros contrarios a ignorar sin más el Derecho Internacional en vigor) por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Tallín (2015) de un (por lo demás simplemente “desiderativo”) artículo 5 (*vid. infra* párrafo 37 *in fine*) y la ley italiana 162, de 10 de noviembre de 2014, en su intento de bloquear los efectos de la sentencia 238/2014 del TC italiano (*infra* párrafo 36), contribuyen a demostrarlo; y por ello sentar ya una norma denegatoria de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros “extraída” de unos desarrollos que la misma doctrina que critica la LO 16/2015 adoptada en este punto reconoce como “bien que incipientes”¹²⁶ y que no pueden ignorar

¹²⁰ La enmienda núm. 17, Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, *BOCG. Congreso de los Diputados*, 18 septiembre 2015, núm. 162-2, pp. 1-21, p. 11. Se rechazó, con otras, por 107 votos a favor, 180 en contra y 19 abstenciones (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, 2015, núm. 309, p. 116).

¹²¹ Respectivamente, enmiendas núm. 23 y 3 (*BOCG. Senado. X Legislatura*, núm. 611, 13 octubre 2015, pp. 736 y 722). La enmienda núm. 23 (socialista) fué rechazada por 86 votos a favor, 132 en contra y 1 abstención y la núm. 3 (Entesa) por 85, 134, 1 abstención (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado*, núm. 178, 15 octubre 2015, pp. 17588-17589).

¹²² Se ha escrito entre nosotros recientemente que la opción de la LO 16/2015 en este punto ha cerrado la posibilidad de eventuales acciones de los causahabientes de las víctimas de los bombardeos de Guernica o Cangas de Onís por la Legión Cóndor (de la *Wehrmacht*) (J. A. GONZÁLEZ VEGA: “la protección de los derechos humanos en la legislación española en materia de Derecho Internacional...” cit. [nota 1], p. 276). De la *Wehrmacht*...; ¿asumimos, pues, el riesgo de otro asunto (Alemania v. España) sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia?, de una eventual respuesta de nuestro Tribunal Constitucional...?; ¿es eso?

También FERRER LLORET (al que el profesor de Oviedo cita en apoyo de su tesis) se refiere al bombardeo de Guernica en 1937, pero me da la impresión que no exactamente en el sentido manifestado por Javier González Vega (*vid. J. FERRER LLORET: “La LO 16/2015 sobre inmunidades...” cit. [nota 83], p. 78 y nota 11 de la misma*).

¹²³ O, en palabras de JAUME FERRER, que suscribo: “En todo caso, en vez de asumir los riesgos que podría suponer para España protagonizar una postura unilateral a través de su legislación interna (...); los desarrollos progresivos del Derecho internacional en este tema se deben propugnar desde la estructura institucional, en el ámbito de las Organizaciones internacionales de las que España es miembro y por la vía de la celebración de los correspondiente instrumentos convencionales” (J. FERRER LLORET: “La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades...” cit. [nota 83], p. 79).

¹²⁴ J. A. GONZÁLEZ VEGA: “Inmunidades, Derecho Internacional y tutela judicial en la LO 16/2015...” cit. (nota 1), pp. 89, 96; “decepcionante”, en un artículo posterior (“La protección de los derechos humanos en la legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. [nota 1], p. 276).

¹²⁵ Aceptaría también incluso la fórmula del profesor González Vega: “en un contexto... dinámico y fluido” (“La protección de los derechos humanos en la legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. [nota 1], p. 280).

¹²⁶ J. A. GONZÁLEZ VEGA: “Inmunidades, Derecho Internacional y tutela judicial en la LO 16/2015...” cit., p. 87; y en “La

la existencia de un Derecho internacional consuetudinario que hoy por hoy no es dudoso, me parece hubiera sido, desde el punto de vista del Legislador, arriesgado¹²⁷.

Así lo ha entendido también el Consejo de Estado, al no avalar la propuesta del Consejo General del Poder Judicial respecto del artículo 11 del Anteproyecto, de incluir una clara disposición que negara la inmunidad a los Estados extranjeros en casos de violación de normas de *ius cogens*¹²⁸.

4.4. (...) A la espera de una razonable evolución del Derecho Internacional en este tema

34. En suma, el Legislador español es prudente, no intenta “romper” el *statu quo* del Derecho Internacional vigente en este punto. Porque éste, sí (TIDH, TJ de la Unión Europea, TIJ *dixit*) no contempla hoy por hoy esta nueva y emergente excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado por actos soberanos¹²⁹.

protección de los derechos humanos en la legislación española en materia de Derecho internacional...” cit. [nota 1], p. 273 (“de desarrollo en ciernes” se escribe en la p. 276).

¹²⁷ En este mismo sentido, aunque con referencia al problema en general de la llamada por la doctrina italiana “eccezione umanitaria”, también C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 910-911.

¹²⁸ Dictamen 693/2015, de 23 de julio, cit., pp. 36-38. Sin embargo (aunque no sea tema de este Estudio), el Consejo de Estado sí propuso al Gobierno que ponderase la sugerencia hecha por el Consejo General del Poder Judicial “de introducir nominalmente determinadas excepciones a la regla de la inmunidad de jurisdicción penal *ratione materiae* prevista en el artículo 23.1 del anteproyecto, en caso de graves crímenes internacionales” (se refiere a las inmunidades de Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores) (dictamen 693/2015, pp. 47-48). No es mi tema y no debo entrar en él, pero sí creo debo decir al menos que el artículo 23.1 del Proyecto de LO que finalmente el Gobierno presentó el 4 de agosto de 2015 al Congreso excluía de la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado, Presidentes del Gobierno y Ministros de AAEE que ya no lo son por actos oficiales realizados durante su mandato, “los crímenes de genocidio, desaparición forzada, guerra y lesa humanidad”. Igualmente, en el texto aprobado por el pleno del Congreso el 1 de octubre de 2015; una enmienda socialista proponiendo ampliar la exclusión de la inmunidad de jurisdicción a los crímenes de “terrorismo y corrupción en los términos del artículo 23 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial” fue rechazada por 107 votos contra 180 y 19 abstenciones (BOGC. Congreso de los Diputados, 18 septiembre 2015, núm. 162-2, p. 12; y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, 2015, núm. 309, p. 116). El grupo socialista presentó de nuevo esta enmienda en el Senado (enmienda núm. 24, BOCG. Senado. X Legislatura, núm. 611, 13 octubre 2015, p. 736), que asimismo de nuevo fue rechazada por 84 votos a favor y 133 en contra (Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, núm. 178, 15 octubre 2015, p. 17588).

¹²⁹ Si las normas imperativas son de rango superior y sólo pueden ceder ante otras posteriores del mismo carácter, ¿sería consecuente afirmar que la inmunidad soberana habría encontrado un límite en ellas? *A priori*, la única respuesta lógica debiera ser la afirmativa y, sin embargo, los tribunales no siempre lo han defendido, como lo prueban algunas sentencias del TJ de la Unión Europea (*asunto Lechouritou*) (s. de 15 de febrero de 2007, C-292/05; al respecto, M. REQUEJO ISIDRO: “Las instituciones comunitarias ante las reclamaciones civiles por violaciones graves de derechos humanos frente al Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LIX [2007], núm. 1, pp. 153-174, pp. 155 y ss.; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS: “Inmunidades jurisdiccionales de los Estados, normas comunitarias y derechos humanos”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, XI/XII, 2007/2008, pp. 27-54) y, sobre todo, el TEDH en el *asunto Al-Adsani* (*Asunto Al-Adsani v. UK*, 21 de noviembre de 2001, nº 35763/97, 2001-XII; sobre la sentencia, que contó con las opiniones disidentes de varios jueces: A. SÁNCHEZ LEGIDO: “*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el TEDH”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LIII [2001], nº 1 y 2, pp. 313-330; H. TIGRUDIA: “La Cour européenne des droits de l’homme et les immunités juridictionnelles d’Etats: observations sous les arrêts McEhinney, Fogarty et Al-Adsani contr Royaume-Uni de 21 novembre 2001”, *Révue Belge de Droit International*, 34 [2001], núm. 2, 2001, pp. 526-548; V. BOU FRANCH: “Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de *ius cogens*: el asunto Al-Adsani contra Reino Unido”, *Anuario de Derecho Internacional* [hoy *Anuario Español de Derecho Internacional*], 18 [2002], pp. 279-303; E. BATES: “The Al-Adasni case, state immunity and the International Legal Prohibition on Torture”, *Human Rights Law Review*, 2 [2003], núm. 2, pp. 193-224), asunto en el que, pese a reconocer el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura entendió (por 9 votos contra 8) que no apreciaba: “en los instrumentos internacionales, las decisiones judiciales o los otros documentos en su poder ningún elemento sólido que le permita sostener que en materia de Derecho Internacional un Estado ya no goza de inmunidad frente a una acción civil ante los jueces y tribunales de otro Estado ante los que se formulen alegaciones de tortura” (párrafo 61 de la sentencia).

La práctica de los Estados no ha hecho sino aumentar la confusión en torno a la cuestión: sobre la misma *vid.* C. GUTIÉRREZ ESPADA: “La adhesión española (2011) a la Convención de Naciones Unidas...” cit. (nota 47), párrafo 32. *Vid ad ex.* la crítica, a la luz del Derecho internacional en vigor, que se ha hecho de la sentencia (y de la práctica que ha generado) del TS de los Estados Unidos de 20 de abril de 2016, que aplica una excepción a la inmunidad en casos de terrorismo con base en la enmienda de 1996, revisado en 2008, de los Estados Unidos a su ley de 1976 sobre la Inmunidad en V. GRANDAUBERT: *Is there a place for sovereign immunity...?*” cit. (nota 108 *supra*).

En definitiva, la inmunidad de jurisdicción permanece, pese a los avances que la defensa de la dignidad del ser humano ha logrado en otras esferas del Derecho internacional. A la vista de la jurisprudencia que emana de diferentes tribunales nacionales,

35. Doctrinalmente, se ha propuesto, en aplicación precisamente del Derecho Internacional en vigor, que los jueces de un Estado podrían denegar la inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero cuyos órganos hubiesen cometido violaciones graves de los derechos humanos o atentado contra el Derecho internacional imperativo como una contramedida contra el hecho ilícito previo cometido por aquél (una contramedida “judicial”)¹³⁰.

En mi opinión la regulación de las contramedidas como una causa de exclusión de la ilicitud en el Derecho internacional de la Responsabilidad vigente resulta difícil de aplicarse en el marco de los parámetros de la propuesta¹³¹.

Una tesis que desemboca, entiendo, en el mismo desenlace, con referencia en concreto a la inmunidad de ejecución y a la luz de la reciente sentencia del TS de los Estados Unidos en el asunto *Bank Markazi v. Peterson* (2016), que ya he citado, se ha defendido doctrinalmente¹³²

36. Pero como Galileo a sus inquisidores, podría yo decir ahora *eppur si muove* (...). No, no parece que la sentencia del TIJ (2012) haya cerrado definitivamente, enterrado, el debate.

El TC italiano, con ponencia del entonces su Presidente, el internacionalista Giuseppe Tesaurò, en su sentencia 238/2014, de 22 de octubre¹³³:

resulta difícil concluir que la inmunidad de jurisdicción debe en virtud del Derecho Internacional vigente retroceder ante las violaciones graves de Derechos humanos. Mientras, continúan las propuestas para vencer este tipo de escollos: la creación de una Corte Internacional de Derechos Humanos en la que no jugaría la inmunidad de jurisdicción del Estado, la aprobación de un protocolo a la Convención de Naciones Unidas (2005) en el que en caso de violaciones graves de los derechos fundamentales del ser humano se previese una excepción a la inmunidad estatal (C. ESPÓSITO MASSICCI: *Inmunidad del Estado y derechos humanos* cit. [nota 104], pp. 262, 263) o la de un Protocolo, en el caso de los Estados europeos, al CEDH (1950) (al respecto, J. FERRER LLORET: “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LIX [2007], núm. 1, pp. 29-63, p. 59), pero son todas propuestas de *lege ferenda*.

A buen seguro, escribía yo en 2011 (C. GUTIÉRREZ ESPADA: “La adhesión española [2011] a la Convención de Naciones Unidas...” cit. [nota 47], párrafo 32), antes de que eso ocurra la CIJ arrojará un poco de luz sobre la cuestión. El 23 de diciembre de 2008 Alemania demandaba a Italia por violaciones reiteradas de su inmunidad jurisdiccional. Sí, sin duda la arrojó, aunque no en el sentido que muchos esperaban.

¹³⁰ *Vid.* sobre este punto P. TARRE MOSER: “Non-recognition of State immunity as a judicial countermeasure to ius cogens violations: the human rights answer to the ICJ decision on the *Ferrini Case*”, *Göttingen Journal of International Law*, 4 (2012), núm. 3, pp. 809-852; S. VEZZANI: “Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contramesura”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 97 (2014), núm. 1, pp. 36-87; C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 917-918.

¹³¹ Sobre las contramedidas y su regulación jurídico-internacional hoy *vid.* C. GUTIÉRREZ ESPADA: Las contramedidas de Estados “terceros” por violación de ciertas obligaciones internacionales”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XI (2001-2002), pp. 15-49; *Id.*: *El hecho ilícito internacional*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 128-142; *Id.*: *La responsabilidad internacional (consecuencias del hecho ilícito)*. Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2005, pp. 164-218; *Id.*: “La aplicación o ejecución forzosa del Derecho Internacional”, *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Volumen II*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 569-606; *Id.*: *La responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales a la luz del Proyecto definitivo de artículos de la CDI (2011)*, Comares, Granada, 2012, pp. 82-83, 177-206; *Id.*: “Función y límites de las represalias (o contramedidas) en el Derecho internacional contemporáneo”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Homenaje a Alberto Montoso Ballesteros*, Universidad de Murcia (EDINUM-Munera), 2013, pp. 555-575.

También C. GUTIÉRREZ ESPADA y M^a. J. CERVELL HORTAL: *El Derecho Internacional en la encrucijada...* cit. (nota 72), pp. 536, 582-596; C. GUTIÉRREZ ESPADA y R. BERMEJO GARCÍA: “La responsabilidad patrimonial de los Estados en Derecho internacional” (coautor con R. Bermejo García), en TOMÁS QUINTANA LÓPEZ (director) y ANABELÉN CASARES MARCOS (coordinadora), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomos I y II, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, tomo I, pp. 365-479 (pp. 444-460).

¹³² “Under international law, to set aside immunity from execution, without prejudice to the protection of diplomatic or consular properties, a State can only resort to a countermeasure as defined the 2001 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (...). Assuming that the US really was an injured State and could act in this way [se refiere a considerar no protegidos por la inmunidad de ejecución todos los activos en Estados Unidos del Banco Central de Irán], its distribution of frozen assets would clearly infringe the law of countermeasures by preventing the reversibility of the measure” (GRANDAUBERT, V.: *Is there a place for sovereign immunity...?* cit. [*supra* nota 108]).

¹³³ Corte Constitucional, sentencia 238/2014, 22 octubre 2014. *Vid ad ex.* sobre la misma (tanto a favor como más críticamente), C. SMURAGLIA: “Si puo fare giustizia per le stragi nazifasciste”, en www.antonioipizzinato.it, 24 octubre 2014; L. GRADONI: “Corte Costituzionale italiana e Corte Internazionale di Giustizia in rotta di collisione sull’immunità dello Stato straniero dalle giurisdizione civile”, 27 octubre 2014, www.sidi-isil.org/sidiblog2p=1101 (consulta de 24 de marzo de 2015); C. ZANGHÌ: “Une nouvelle limitation à l’immunité de juridiction des Etats dans l’arrêt 238 de 2014 dela Cour Constitutionnelle italienne?”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, núm. 4, 2014; B. CONFORTI: “la Cour Constitutionnelle italienne et les

- Declara inconstitucional el artículo 3 de la ley italiana de 14 de enero de 2013 (de adhesión a la Convención de Naciones Unidas), que ordena a los jueces italianos (para adecuarse a la sentencia del TIJ de 3 de febrero de 2012) declinar su propia jurisdicción en las causas civiles de resarcimiento de daños por crímenes contra la humanidad cometidos *iure imperii* por un Estado extranjero en territorio italiano, sin haber previsto fórmula alguna alternativa de reparación judicial de los derechos fundamentales violados, por quebrantar el principio de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales que garantiza los artículos 2 y 24 de la Constitución italiana.
- E, incluso, declara inconstitucional también el artículo 1 de la ley de 17 de agosto de 1957 (sobre la Carta de Naciones Unidas y su recepción en el Derecho italiano) limitado a la ejecución del artículo 94 de la Carta exclusivamente en la parte que obliga al juez italiano (el artículo 3 de la ley de 2013 anteriormente aludida se refería a dicho artículo de la Carta) a negar su propia jurisdicción respecto de un acto de un Estado extranjero consistente en crímenes de guerra o contra la humanidad, por lesionar los derechos inviolables de la persona que la Constitución italiana protege¹³⁴.

Bien es verdad que su decisión no será fácil de aplicar. El Parlamento italiano aprobó el 10 de noviembre de 2014 la ley núm. 162¹³⁵, cuyo artículo 19 *bis* ha sido interpretado por la doctrina como un intento de discutir (*rimettere in discussione*) y a la postre bloquear los efectos que podrían derivarse de la aplicación de la sentencia 238/214¹³⁶.

37. Si el Legislador no, quizás el Juez lo haga, a admitir me refiero una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado, incluso cuando éste actúa como tal, como Estado soberano. ¿No es, acaso, el principio mismo de inmunidad de jurisdicción una criatura del Juez?

Sí, el Derecho vigente puede cambiar. Y a juicio al menos de quien les habla debería hacerlo. Porque no es razonable que “la falta de coherencia estructural”¹³⁷ del Derecho internacional en cuanto a estos dos sectores del ordenamiento (la inmunidad de jurisdicción del Estado y la protección de los derechos del ser humanos) repercuta en los seres humanos, como hoy lo hace. Sí, el Derecho vigente puede cambiar, insisto:

- Como el TEDH reconoció en el asunto *Kalogeropoulos y otros* (2002), cuando tras declarar que la *lex lata* permitía al Estado ampararse en el principio de inmunidad de jurisdicción por sus actos *ex iure imperii* y pese a que estos perpetrasen crímenes internacionales reconocidos, al afirmar:

“lo que no excluye un desarrollo del Derecho internacional consuetudinario en el futuro”.

- O como Finlandia, Italia, Noruega, Suecia, Suiza o Liechtenstein, Estados que han prestado el consentimiento a la Convención de Naciones Unidas (2005), reconocen al acompañar su consentimiento de una declaración según la cual “la Convención lo es sin perjuicio de cualquier desarrollo del Derecho internacional en la protección de los derechos humanos”¹³⁸.

droits de l’homme méconnus sur le plan international”, *Révue Générale de Droit International Public*, 119 (2015), núm. 2, pp. 353-359; E. CANNIZZARO: “Jurisdictional immunities and judicial protection: the Decision of the Italian Constitutional Court núm. 238 of 2014, *Rivista di Diritto Internazionale*, XCVIII (2015), núm. 1, pp. 126-134; C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit. (nota 3), pp. 914-917.

¹³⁴ Sentencia 238/2014, FJ 1, 4 y 5, así como los puntos 1 y 2 del Fallo.

¹³⁵ *GU SO* n. 84 del 10 novembre 2014.

¹³⁶ M. CASTELLANETA: *Il Parlamento prova a dribblare gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 238*, <http://www.marinacastellaneta.it/blog> (citado por C. FOCARELLI: *Trattato di Diritto Internazionale* cit., p. 916).

¹³⁷ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA: *Sistema de Derecho Internacional Público* cit. (nota 29), p. 85.

¹³⁸ Status as at: 12-05-2016, Chapter III: Privileges and immunities, diplomatic and consular relations etc., 13. UN Convention on jurisdictional Immunities of States and their property, New York, 2 december 2004 (<http://treaties.un.org.pdf>). *Vid. supra* nota 112.

De hecho, el Instituto de Derecho Internacional, en su resolución de Tallin, de 30 de agosto de 2015, sobre *La jurisdicción civil universal en materia de reparación por crímenes internacionales*, considera que:

“La inmunidad de los Estados no debería privar a las víctimas de su derecho a la reparación”¹³⁹.

38. Y porque esto es así me parece acertado, conveniente, que la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, haya hecho un guiño (o así me lo parezca) a esta posibilidad de manera expresa, cuando pone fin al apartado III de su Preámbulo con la afirmación siguiente¹⁴⁰:

“por otro lado, su contenido ha de entenderse, en todo caso, sin perjuicio de las obligaciones internacionales de nuestro país respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales...”.

¹³⁹ Artículo 5.

¹⁴⁰ En la síntesis que, antes de entrar en su contenido, el Consejo de Estado realiza del Anteproyecto de LO que el Gobierno le presenta menciona el Consejo específicamente este hecho, es decir, que “el contenido de esta Ley Orgánica debe entenderse sin perjuicio de las obligaciones internacionales de nuestro país respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales (dictamen 693/2015, 23 julio, p. 3).