

LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DEL ESTADO ANTE VIOLACIONES GRAVES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Jaume FERRER LLORET

Profesor titular de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales.
Universidad de Alicante

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.–II. LESIONES A LAS PERSONAS Y DAÑOS A LOS BIENES EN EL TERRITORIO DEL ESTADO DEL FORO: 1. *Del Proyecto de 1991 a la Convención de 2004.* 2. *La jurisprudencia del TEDH.* 3. *Las situaciones de conflicto armado: los asuntos planteados ante los tribunales de Grecia.*–III. LA JURISDICCIÓN CIVIL UNIVERSAL ANTE VIOLACIONES GRAVES DE LOS DH Y LA IJ DEL ESTADO: 1. *Un tema no regulado en la Convención de 2004.* 2. *La jurisprudencia del TEDH.* 3. *La práctica más reciente de los tribunales internos:* A) La práctica de Estados Unidos en su particular –y unilateral– combate contra el terrorismo internacional. B) En el asunto Ferrini (Italia) se admite la excepción a la IJ con efecto extraterritorial. C) La práctica del resto de Estados no confirma una excepción de alcance extraterritorial.–IV. VALORACIÓN Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.

I. INTRODUCCIÓN

La adopción por la Asamblea General de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, mediante la Resolución 59/83, de 2 de diciembre de 2004, constituye la culminación de 27 años de esfuerzo codificador¹. Al hilo de este proceso codificador² y de conformidad con

¹ Primero en el seno de la CDI (1977-1991) y después en una segunda fase desarrollada en la AG (1992-2004). El 1 de julio de 2007 había sido firmada por un total de 28 Estados y Austria, Noruega, Portugal y Rumanía la habían ratificado. Los Estados que la han firmado son los siguientes: Austria, Bélgica, China, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Federación Rusa, Finlandia, Francia, India, Irán, Islandia, Japón, Líbano, Madagascar, Marruecos, México, Noruega, Paraguay, Portugal, República Checa, Reino Unido, Rumanía, Senegal, Sierra Leona, Suecia, Timor-Leste y Suiza. Se puede consultar el estado de las ratificaciones publicado por el Depositario de esta Convención, el Secretario General de NU, en la dirección de internet: <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterIII/treaty38.asp>.

² Este artículo es una versión revisada de la segunda parte del Capítulo Tercero del trabajo de investigación presentado como segundo ejercicio de las pruebas de habilitación a Catedrático de Universidad

la práctica judicial, legislativa y diplomática más reciente, en el presente trabajo se aborda el análisis del contenido y alcance de la excepción a la inmunidad de jurisdicción (IJ) del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro en el caso de violaciones graves de los derechos humanos (DH). Se pretende así determinar el Derecho internacional (DI) en vigor en este sector de normas, sin perjuicio de que se planteen también algunas propuestas de *lege ferenda*.

II. LESIONES A LAS PERSONAS Y DAÑOS A LOS BIENES EN EL TERRITORIO DEL ESTADO DEL FORO

1. Del Proyecto de 1991 a la Convención de 2004

Esta excepción está regulada en el art. 12 de la Convención de 2004, disposición con la que se mantiene, con ligeras modificaciones de estilo, el tenor literal de su homóloga del Proyecto de 1991³. Como explicaba la CDI en sus comentarios al Proyecto de 1991, el alcance de esta excepción queda delimitado a las lesiones y los daños que se cometan en el territorio del Estado del foro; en estos casos, dado que «la ley aplicable es claramente la *lex loci delicti commissi* y el tribunal más idóneo es el del Estado donde se cometió el delito», si el Estado extranjero pudiera alegar con éxito su IJ, se impediría o se dificultaría sobremanera que el particular afectado pudiera acudir a la justicia para resarcir sus derechos vulnerados⁴.

El ámbito material de esta excepción está referido, principalmente, a la muerte o lesiones accidentales de personas o daños a bienes corporales causados en accidentes de tráfico, en los que intervienen, por ejemplo, vehículos automóviles, motocicletas, locomotoras o embarcaciones de motor. Por tanto, con este artículo se pretende abarcar la mayoría de los accidentes ocurridos en el transporte de bienes y personas por ferrocarril, por carretera, por vías de navegación interior o por vía aérea. Más en concreto, como señala la CDI, esta excepción no permitirá que una compañía de seguros se escude en la inmunidad del Estado para eludir su responsabilidad respecto de las personas perjudicadas. Además, conviene destacar que el ámbito de aplicación del artículo 12 es lo suficientemente amplio, como para incluir los daños corporales o los daños materiales de carácter intencional, las agresiones o lesiones voluntarias, los daños intencionales a los bienes, el incendio criminal o incluso el homicidio o el ase-

celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid a lo largo del mes de junio y primera semana de julio de 2007: FERRER LLORET, J., *El proceso codificador de las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes: un análisis desde la práctica y los intereses de España*, Alicante, 2007, 365 pp.

³ Este precepto, titulado «Lesiones a las personas y daños a los bienes», presenta la siguiente redacción: «Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la IJ ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión».

⁴ *Anuario CDI*, 1991, vol. II (segunda parte), p. 48.

sinato político. Sobre esta última cuestión, el órgano codificador tiene la valentía de citar el asunto *Letelier*, al que se hará referencia a continuación con relación a la práctica de Estados Unidos⁵. Por tanto, de conformidad con el historial legislativo de esta disposición, *en la redacción de este artículo no se distingue entre actos iure imperii y actos iure gestionis*, siempre que se trate de actos «atribuibles» al Estado extranjero⁶. No obstante, en los noventa, en la fase intergubernamental del proceso codificador desarrollada en la Sexta Comisión de la AG, se criticó esta solución; entre otros Estados, Pakistán, en sus Observaciones escritas al Proyecto de 1991, consideró que:

«la dilución de la inmunidad del Estado con respecto a las demandas de indemnización pecuniaria por la muerte de una persona o las lesiones que haya sufrido o los daños o perjuicios a bienes tangibles causados por acto u omisión imputable al Estado con arreglo al artículo 12 del texto de la Convención no tiene fundamento en estas circunstancias y ha de causar mucha fricción entre algunos países desarrollados en que hay una antigua tradición de contenciosos por responsabilidad extracontractual y países en desarrollo que tendrían que hacer frente a onerosos litigios que sin lugar a duda resultarían ser fuente de fricción. Además, esta disposición no distingue entre los actos *iure imperii* y los *iure gestionis*. Por lo tanto, habría que suprimirla a fin de que el proyecto de Convención fuese aceptable para una mayoría de los Estados»⁷.

Falta por ver si Pakistán mantendrá esta oposición y no ratificará la Convención de 2004 por este motivo (o la ratificará con una declaración o reserva a esta disposición), y si otros Estados secundarán esta postura⁸. Así, Estados Unidos, sin oponerse

⁵ *Anuario CDI*, 1991, vol. II (segunda parte), p. 48 y nota a pie núm. 149.

⁶ Como ya propuso en su momento el Ponente SUCHARITKUL, S., «Quinto informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes», *ACDI*, 1983, vol. II (primera parte), 27-61, pp. 41 y ss., p. 43, a pesar de reconocer que la práctica en este ámbito seguía siendo un tanto contradictoria, sobre todo apoyándose en el asunto *Letelier* y en las legislaciones internas en las que no se lleva a cabo la mencionada distinción (Reino Unido), e insistiendo en razones de orden práctica dirigidas a hacer posible la reparación a favor de las víctimas, de conformidad con el principio de territorialidad: «El ejercicio de jurisdicción por el tribunal del lugar donde ocurrieron los daños es probablemente la mejor garantía de justicia sana y rápida. Se puede esperar desagravio adecuado porque el tribunal es en verdad un *forum conveniens* o, por cierto, una autoridad judicial más práctica y conveniente que tiene derecho irrecusable a ejercer jurisdicción, y facilidades para establecer o rechazar pruebas de responsabilidad y evaluaciones de compensación. Las cuestiones de causa o lejanía de daños, así como la cuantía de la retribución o la medida de los daños, pueden ser determinadas mejor por el foro competente del lugar donde ocurrieron los daños y de acuerdo con las leyes de ese lugar (*lex loci*)».

⁷ A/55/298, p. 11.

⁸ A finales de los ochenta, cuando se discutió el alcance de esta disposición en el seno de la CDI, se puso de manifiesto las muy diferentes posturas que sobre este tema mantenían tanto los miembros de la CDI como los Gobiernos de los Estados; así, en 1990, el Presidente del Comité de Redacción de la CDI, Mahiou, resumía el debate del siguiente modo: «Algunos miembros [de la CDI] hubieran preferido que se suprimiera; otros deseaban mantenerlo. Los gobiernos que han formulado observaciones sobre este artículo también estaban divididos. El artículo se destinaba fundamentalmente a prever situaciones como los accidentes de circulación en los que estuviese implicado un diplomático o un funcionario del Estado en el ejercicio de sus funciones y que causarían daños a personas inocentes en otros Estados. Se estimaba que debía pagarse una indemnización en estos casos y que los Estados no debían sustraerse a sus obligaciones atrincherándose detrás de su inmunidad. Este principio, a saber, la obligación de prestar reparación a las partes lesionadas inocentes, no se ha cuestionado. El punto controvertido era el método por el cual debía efectuarse esta reparación. Algunos pensaban que el seguro del automóvil al que los Estados recurren ya comúnmente se ocupaba automáticamente de este tipo de situación y que todo lo que no estuviera cubier-

al consenso que finalmente había permitido la adopción de la Convención de 2004, al mismo tiempo en los debates celebrados en la Sexta Comisión a finales de 2004, se mostraba partidario de mantener la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis* en la aplicación de este precepto⁹. Como se podrá comprobar en el siguiente epígrafe, esta postura resulta jurídicamente contradictoria con la que mantiene Estados Unidos en el ámbito de la jurisdicción civil universal en el caso de que se vulneren los DH de sus nacionales en el extranjero, a consecuencia de actos de «terrorismo internacional».

Aunque se ha de insistir en que el alcance de la excepción regulada por el art. 12 está delimitado por el *principio de territorialidad*, de modo que se aplica únicamente a los actos u omisiones ocurridos «total o parcialmente» en el territorio del Estado del foro. Por tanto, en la Convención de 2004 no se regula una excepción a la IJ respecto

to por el seguro debía resolverse de preferencia por vía diplomática. Otros, por el contrario, consideraban que en los asuntos de este tipo los Estados no debían en principio poder sustraerse de sus obligaciones invocando la inmunidad». Finalmente, en el seno del Comité de Redacción se llegó al acuerdo de mantener la disposición, limitada a indemnizaciones pecuniarias, y sin perjuicio de las normas que regulan la RIE, que no resultan afectadas por el proyecto de 1991: *ACDI*, 1990, vol. I, p. 318. Aun así, en el momento de su aprobación, algunos miembros de la CDI volvieron a expresar sus reservas sobre el alcance de esta disposición: más en concreto, en opinión de Shi (nacional de China), «el artículo 12 suscita algunos problemas. En primer lugar, la cuestión de la atribución de un acto o de una omisión a un Estado corresponde a la esfera de la responsabilidad internacional de los Estados, y un tribunal que imputara a un Estado extranjero la responsabilidad de un acto menoscabaría el principio de la soberanía de los Estados. Por otra parte, según el Derecho consuetudinario internacional, el Estado en cuyo territorio se ha cometido el acto delictivo no puede ejercer su jurisdicción si ese acto es atribuible a un Estado extranjero. Por último, el hecho de que un Estado no pueda invocar la IJ frente a una acción de indemnización por daño o pérdida de bienes corporales podría crear fricciones entre los Estados. A su juicio, las situaciones previstas en el artículo 12 deberían resolverse de preferencia por las vías diplomáticas»; similares reservas expresaron Graefrath, Rao y Barsegov: *ACDI*, 1991, vol. I, pp. 77-78, cita en p. 81.

⁹ «... el artículo 12, relativo a la jurisdicción sobre actos ilícitos no mercantiles, se debe interpretar y aplicar sistemáticamente respetando la tradicional distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*. Es perfectamente admisible que pueda responsabilizarse a los Estados –esto es, que no puedan oponer su inmunidad– por sus actos u omisiones ilícitos en casos en que los particulares podrían incurrir en esa responsabilidad. La legislación de los Estados Unidos de América y la de otros muchos Estados contemplan esa posibilidad. No obstante, ampliar esta jurisdicción sin tener en cuenta la distinción entre lo público y lo privado aceptada en el DI vulneraría los principios vigentes del DI y generaría nuevos desacuerdos y conflictos ante los tribunales nacionales que bien podrían resolverse mejor, como ocurre actualmente, mediante mecanismos entre Estados. En otras palabras, el artículo 12 debe interpretarse a la luz de la práctica reiterada de los Estados en el sentido de que se aplica a actos u omisiones ilícitos de carácter privado que sean atribuibles al Estado, al tiempo que mantiene la inmunidad para los actos del Estado realizados en estricto ejercicio del poder público o en su condición de ente soberano»: *A/C.6/59/SR.13*, p. 11. Esta posición jurídica fue defendida por Estados Unidos en su intervención en el asunto *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, STS de Canadá de 12 de septiembre de 2002, en el que un particular demandó civilmente a Alemania y a Canadá por los daños sufridos a causa de su detención en Canadá a raíz de la solicitud de extradición presentada por las autoridades alemanas; en opinión de Estados Unidos, «the personal injury exception to immunity depended upon the nature of the acts underlying the claim». El TS de Canadá rechaza la demanda al considerar que la detención preventiva en Canadá a los efectos de la extradición, no ha causado ningún daño reparable de conformidad con la Sección 6 de la SIA de 1985, en la que se hace referencia a los «daños corporales» y no a los «daños psicológicos, morales o mentales» («A foreign State is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to a) any death or personal injury, or b) any damage or loss of property that occurs in Canada»); pero el TS llega a esta conclusión después de haber negado la IJ de Alemania, y después de haber afirmado que la aplicación de esta disposición no se condiciona a la distinción entre actos *iure imperii* y *actos iure gestionis* –como pretendía Estados Unidos–. Resumen y comentario de esta Sentencia, en «Canadian Cases», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XLI (2003), 526-531.

de actos u omisiones ocurridos fuera del territorio del Estado del foro. Esta conexión territorial se exige en las legislaciones internas que se han promulgado hasta ahora, como es el caso de la *State Immunity Act* (SIA) del Reino Unido, de 1978¹⁰. También se basan en el principio de territorialidad, tanto la Sección 6 de la *Canadian State Immunity Act* de 1982¹¹, como la *Australian State Immunities Act* de 1985¹². Por su parte, en el art. 11 del Convenio Europeo de 1972, asimismo se exige una conexión territorial, con el añadido de que el autor del acto o la omisión se encuentre en el territorio del Estado del foro en el momento de cometerse los hechos¹³.

La misma solución se asume en el art. 12 de forma cumulativa, de modo que el autor del acto u omisión debe encontrarse en el territorio del Estado del foro en el momento de cometerse el acto u omisión¹⁴. Si bien, gracias a este vínculo territorial, en el art. 12 no se distingue entre las actividades *jure gestionis*, en las que la jurisprudencia interna ha aceptado claramente la excepción, y las actividades *jure imperii*, respecto de las que la práctica todavía no es general, constante y uniforme¹⁵. Pero en opinión de la CDI «la excepción propuesta en el artículo 12 no establece tal distinción»¹⁶.

Según el art. 12, el acto u omisión debe ser «presuntamente atribuible al Estado»; esta fórmula no constituye una remisión automática a las normas del Derecho de la responsabilidad internacional del Estado (RIE), por más que esta normativa necesariamente deberá ser tenida en cuenta, dadas las evidentes conexiones que en la práctica se presentarán entre ambos sectores de normas, a los efectos de que, por una parte, el acto atribuible de un Estado pueda ser enjuiciado por los tribunales internos del Estado del foro, y, por otra, en el nivel de las relaciones interestatales, en su caso, dé

¹⁰ «5. A State is not immune as respects proceedings in respect of: a) death or personal injury; or b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the United Kingdom».

¹¹ «6. A foreign State is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to: a) any death or personal injury, or b) any damage to or loss of property that occurs in Canada».

¹² En cuya sección 13 se preceptúa lo siguiente: «13. A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns a) the death of, or personal injury to, a person; or b) loss of or damage to tangible property, caused by an act or omission done or omitted to be done in Australia».

¹³ «Un Estado contratante no puede invocar la IJ ante un tribunal de otro Estado contratante cuando el procedimiento se refiera a la reparación de un perjuicio corporal o material resultante de un hecho acaecido en el territorio del Estado del foro, siempre que el autor de dicho daño hubiera estado allí presente en el momento en que acaeció el hecho». Si bien, el art. 31 establece una cláusula de salvaguardia a favor de la IJ del Estado extranjero, en el siguiente supuesto: «Ninguna disposición del presente Convenio impedirá los privilegios e inmunidades de que goza un Estado contratante en lo que concierne a los actos u omisiones de sus fuerzas armadas o en relación con ellas, cuando éstas se encuentran en el territorio de otro Estado contratante».

¹⁴ Por esta vía se excluyen del ámbito de aplicación de esta disposición los casos de lesiones o daños transfronterizos «tales como la exportación de explosivos, fuegos de artificio o sustancias peligrosas que podrían explotar u ocasionar daños por negligencia, inadvertencia o accidente. Es evidente también que están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 12 los tiroteos o disparos a través de una frontera o las bombas que van a caer al otro lado de la frontera con ocasión de un conflicto armado»: *Anuario CDI*, 1991, vol. II (segunda parte), p. 48.

¹⁵ Cfr. SABA, S., «Personal Injuries and Damage to Property», Hafner, G.; Kohen, M. G., y Breau, S. (eds.), *State Practice Regarding State Immunities. La Pratique des Etats concernant les Immunités des Etats*, Leiden/Boston, 2006, 97-112, p. 102.

¹⁶ *Anuario CDI*, 1991, vol. II (segunda parte), p. 49.

lugar a la RIE¹⁷. Esta interrelación de regímenes jurídicos se pone de manifiesto, por ejemplo, en el asunto *Letelier*, y más recientemente en el asunto *Jones*¹⁸.

Asimismo, conviene destacar que la reclamación frente a la cual el Estado no puede alegar IJ por tales acciones u omisiones, debe estar limitada a un «proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria»¹⁹; además, el artículo 12 no se aplica en los casos en los que no se produce un daño corporal o material²⁰. Por otra parte, como ya se ha señalado, los Estados interesados pueden convenir una solución distinta para estos casos, por ejemplo en los tratados que regulan el estatuto jurídico de las tropas extranjeras²¹. Por último, de conformidad con la CDI, *el art. 12 de la Convención de 2004 no se aplica a las situaciones provocadas por un conflicto armado*²².

¹⁷ *Anuario CDI*, 1991, vol. II (segunda parte), p. 49.

¹⁸ *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, Sentencia de la Cámara de los Lores de 14 de junio de 2006, en la que se reconoce la IJ tanto de Arabia Saudita, como de los funcionarios de este Estado, ante la demanda civil presentada ante los tribunales del Reino Unido por los actos de tortura cometidos en el territorio del Estado árabe; a este respecto, Lord Bingham of Cornhill en su opinión sobre este asunto, cita los arts. del Proyecto de 2001 que regulan la atribución del hecho ilícito al Estado por hechos cometidos por órganos de este Estado, incluso cuando el órgano se haya excedido en su autoridad o haya contravenido las instrucciones dadas (arts. 4 y 7). A su entender (pár. 12), «International law does not require, as a condition of a State's entitlement to claim immunity for the conduct of its servant or agent, that the later should have been acting in accordance with his instructions or authority. A State may claim immunity for any act for which it is, in international law, responsible, save where an established exception applies», de conformidad con las disposiciones del Proyecto de 2001, que constituyen expresión del DI consuetudinario en vigor; por lo que concluye del siguiente modo: «it is [...] clear that a civil action against individual tortures based on acts of official torture does indirectly plead the State since their acts are attributable to it. Were these claims against the individual defendants to proceed and be upheld, the interests of the Kingdom [de Arabia Saudí] should be obviously affected, even though it is not a named party»: pár. 31.

¹⁹ *Anuario CDI*, 1991, vol. II (segunda parte), p. 49.

²⁰ Es decir, los daños a la fama de una persona o la calumnia, o la injerencia en los derechos contractuales o cualesquiera otros derechos, incluidos los económicos o sociales; en su versión de 1991, se utilizó la expresión «bienes corporales»; en la Convención de 2004, se ha preferido la de «bienes tangibles»: *Anuario CDI*, 1991, vol. II (segunda parte), p. 48.

²¹ Pero vide respecto de la posible aplicación del art. 12 a las «actividades militares», la siguiente nota a pie de página.

²² *Anuario CDI*, 1991, vol. II (segunda parte), p. 49. Además, según explica el Presidente del Comité Especial en su intervención en 2004 ante la Sexta Comisión de la AG, la Convención no resulta aplicable a las *actividades militares*, concepto como es obvio mucho más amplio que el de «conflicto armado», citando a esta materia como otro ejemplo de *lex specialis* o *régimen especial* no regulado por la Convención de 2004, de alcance general A/C.6/59/SR.13, pp. 6-7. En los debates en el seno del Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión, se puso de manifiesto que «... the issue of jurisdictional immunity of foreign armed forces should be dealt with bilaterally between the sending State and the host State. It was therefore suggested that the issue of jurisdictional immunity of armed forces of a State stationed in another State should be uniformly excluded from the scope of the present draft articles»: A/C.6/48/L.4, p. 17. Se debe recordar a este respecto, que en el Preámbulo de la Resolución por la que la AG adopta la Convención de 2004, se hace mención expresa al Informe de la CDI en 1991, y, además, se advierte lo siguiente: «Teniendo en cuenta la declaración formulada por el Presidente del Comité Especial al presentar el informe de éste». Más en concreto, de conformidad con el art. 26, el Estatuto de las fuerzas armadas que se encuentren en terceros Estados se regirá por los acuerdos firmados por el Estado territorial, como por ejemplo insistió el representante de Japón ante la Sexta Comisión: A/C.6/48/SR.29, p. 17; A/C.6/49/SR.32, p. 4. En esta dirección, los Estados que ratifiquen la Convención de 2004 pueden aclarar expresamente su postura jurídica sobre este tema, como así lo ha hecho Noruega a través de una Declaración con la que excluye con carácter general a las actividades militares del ámbito de aplicación de la Convención de 2004: «Recalling inter alia resolution 59/38 adopted by the General Assembly of the United Nations on 2 December 2004, in which the General Assembly took into account, when adopting the Convention,

En definitiva, esta excepción a la IJ, basada, conviene señalarlo de nuevo, *en el principio de territorialidad*, se encuentra por lo general aceptada en la práctica de los Estados, tanto en los Estados que han promulgado legislación interna, como en los que confían esta materia al desarrollo jurisprudencial de sus tribunales. Aunque se debe reconocer que la práctica no confirma siempre, ni mucho menos, que los actos *iure imperii* también se incluyan dentro del potencial ámbito de aplicación del artículo 12; en particular cuando se trata de actos realizados en el territorio del Estado del foro por las fuerzas armadas o de policía de un tercer Estado.

2. La jurisprudencia del TEDH

En efecto, el alcance de esta excepción a la IJ ha sido objeto de la Sentencia del TEDH de 21 de noviembre de 2001 en el caso *McElhinney v. Ireland*²³, en la que se sostiene que es conforme con el artículo 6.1 del Convenio de 1950, que se reconozca la IJ a favor del Reino Unido ante los tribunales de Irlanda en un litigio civil en el que estaba en juego la responsabilidad extracontractual por los daños físicos y psicológicos sufridos en un incidente fronterizo, por un nacional irlandés y *en territorio de Irlanda*, a manos de las fuerzas armadas británicas²⁴. El TEDH mantiene lo siguiente²⁵:

«It follows that measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognised rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to court as embodied in Article 6 § 1. Just as the right of access to court is an inherent part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity»²⁶.

Desde esta perspectiva, para el TEDH, aunque se aprecia la existencia de una tendencia en el DI dirigida a limitar la IJ en el caso de lesiones corporales causadas por un acto o una omisión en el territorio del Estado del foro, en la práctica la mayoría de los casos están referidos a accidentes de tráfico,

«... rather than matters relating to the core area of State sovereignty such as the acts of a soldier on foreign territory which, of their very nature, may involve sensitive issues affecting diplomatic relations between States and national security. Cer-

the statement of 25 October 2004 of the Chairman of the Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property introducing the Committee's report, Norway hereby states its understanding that the Convention does not apply to military activities, including the activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international humanitarian law, and activities undertaken by military forces of a State in the exercise of their official duties. Such activities remain subject to other rules of international law...».

²³ *Case McElhinney v. Ireland* (App. núm. 31253/96), de 21 de noviembre de 2001.

²⁴ STS de Irlanda de 15 de diciembre de 1995, en el asunto *J. McElhinney v. A. I. J. Williams and Her Majesty's Secretary of State for Northern Ireland*. Un resumen de esta Sentencia se puede consultar en CAHDI (2004) 5 Part II (A) rev., p. 232.

²⁵ Después de insistir en la importancia que presenta la IJ como corolario del principio de igualdad soberana, por lo que su aplicación por los tribunales internos de un Estado parte en la Convención de 1950 en el marco de un proceso civil, está dirigida al legítimo fin del cumplimiento del DI y a promover las relaciones de cooperación entre los Estados.

²⁶ Párs. 12 y 13 de esta Sentencia del TEDH.

tainly, it cannot be said that Ireland is alone in holding that immunity attaches to suits in respect of such torts committed by *acta jure imperii* or that, in affording this immunity, Ireland falls outside any currently accepted international standards. The Court agrees with the Supreme Court in the present case... that it is not possible, given the present state of the development of international law, to conclude that Irish law conflicts with its general principles»²⁷.

Además, el TEDH destaca que en este caso el particular tiene abierta la vía de los tribunales del Reino Unido, ante los cuales puede ejercer una demanda civil contra el Secretario de Defensa. En conclusión, para el TEDH la decisión de los tribunales de Irlanda según la cual se concede la IJ al Reino Unido, no excede del margen de apreciación de que disponen los Estados partes para limitar el acceso de los particulares a sus tribunales; por tanto, no se ha vulnerado el artículo 6.1 de la Convención de 1950²⁸.

En la Opinión Disidente de los Jueces Caflisch, Cabral Barreto y Vajic, se destaca la tendencia que se aprecia en la práctica internacional, confirmada por el artículo 12 del Proyecto de 1991, según la cual no cabe alegar IJ por los daños a la persona causados por los agentes de un Estado extranjero en el Estado del foro; por lo que en este caso no se debería apreciar ningún conflicto entre la IJ del Estado y el artículo 6.1 de la Convención de 1950; Irlanda debería haber permitido el acceso a sus tribunales ante la demanda presentada contra el Reino Unido; al no hacerlo «it disproportionately restricted the applicant's rights under the Convention»²⁹.

En esta misma dirección se pronuncia Salamanca Aguado, para quien en esta Sentencia el TEDH hace uso de la distinción clásica entre *acta jure gestionis* y *acta jure imperii*, a pesar de que en la práctica de las legislaciones y tribunales nacionales no siempre se aplica en el caso de lesiones cometidas en el territorio del Estado del foro, como reconoció la CDI en 1991³⁰. Se debe compartir esta opinión, al menos de *lege ferenda*. Tal como se regula en la Convención de 2004, en el caso de los daños y lesiones causados por un Estado extranjero en el territorio del Estado del foro, no debería regir la regla de la IJ del Estado extranjero, siempre con la finalidad de que el particular reciba la protección de los tribunales del Estado del foro, en aplicación del principio de territorialidad. Desde luego, la remisión que lleva a cabo el TEDH a los tribunales del Reino Unido para que ejerzan su jurisdicción en este asunto, en la práctica forense no constituye, ni mucho menos, una vía fácil y segura para la defensa de los derechos del particular. Aun con todas las condiciones que se acaban de señalar, de conformidad con el artículo 12 de la Convención de 2004, en este caso los intereses del particular no se deberían ver desguarnecidos por la salvaguarda de los intereses intergubernamentales, a los efectos de poder entablar una demanda civil de repa-

²⁷ Pár. 14.

²⁸ Pár. 16.

²⁹ En su Opinión Disidente, el Juez Loucaides insiste en que la demanda presentada ante el TEDH ha de ser valorada con relación al ordenamiento interno del Estado demandado, Irlanda, y no respecto del ordenamiento interno del Reino Unido, por lo que considera que «it is unfair as well as odd to expect the applicant to have recourse to another State as a solution to his problem of lack of access to a court in his own country, against which his complaint was directed».

³⁰ SALAMANCA AGUADO, E., «Inmunidad de Jurisdicción del Estado y el derecho de acceso a un Tribunal. A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de DH en el *Asunto McElhinney c. Irlanda*», *Anuario de DI*, vol. XVIII (2002), 347-387, pp. 386-387. Cfr. en la misma dirección, YANG, C., «State immunity...», *loc. cit.*, pp. 380-381.

ración de daños, *al menos siempre que se cumpla el principio de territorialidad*, y sea cual sea la naturaleza de los actos que se atribuyen al Estado extranjero. A salvo las situaciones de conflicto armado, en las que, como reconoció la CDI en 1991, en la práctica se respeta la IJ del Estado.

3. Las situaciones de conflicto armado: los asuntos planteados ante los tribunales de Grecia

En el ámbito de este tema merece ser citada la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de Grecia de 4 de mayo de 2000³¹, en la que se niega la IJ a Alemania, y se condena a este Estado a pagar una indemnización de unos 30 millones de dólares, por hechos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, *en el territorio de Grecia*, constitutivos de crímenes de guerra³². El Tribunal griego basa su fallo en el DI consuetudinario determinado, fundamentalmente, a partir del artículo 11 de la Convención Europea de 1972, el art. 12 del Proyecto de 1991, la Resolución del IDI de 1991, y la práctica interna de Estados Unidos. Para el TS de Grecia, la excepción por daños cometidos en el territorio del Estado del foro, se aplica con independencia de que se trate de actos de *iure imperii* o de *iure gestionis*; en su opinión, los crímenes contra la humanidad cometidos por el ejército alemán constituyen una violación de una norma de *ius cogens*, de la que se deriva una renuncia tácita a invocar la IJ por el Estado autor de tales actos³³.

Pero ante la negativa del Gobierno Griego a ejecutar esta Sentencia³⁴, los demandantes acuden al TEDH. En su Decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2002 en el asunto *Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany*, el TEDH concluye que los demandantes no tienen derecho a la ejecución de una Sentencia contra un Estado Extranjero que disfruta de IJ en aplicación del DI general.³⁵

³¹ En el asunto *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*: el resumen y comentario de esta Sentencia, se pueden consultar en «International Decisions», *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 198 y ss. Con anterioridad, mediante su Sentencia de 30 de octubre de 1997, la Corte de Primera Instancia de Leivadia, en el asunto *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, había negado la IJ a favor de Alemania, por los hechos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial en Distomo, localidad de la región griega de Voiotia, al considerar que se trataba de violaciones de normas de *ius cogens*, lo que hacía inoponible la IJ: vide resumen y comentarios de esta Sentencia en «International Decisions», *AJIL*, vol. 92 (1998), 765-768.

³² Más en concreto, el 10 de junio de 1944 el ejército alemán masacró a más de 200 personas, entre ellas mujeres y niños, en Distomo, una localidad griega.

³³ Sentencia objeto de comentario por parte de GAVOUNELI, M., y BANTEKAS, I., «International Decisions», *AJIL*, vol. 95 (2001), 198-204, p. 204, para quienes «the adoption of this controversial waiver argument in *Voitia* can be attributed only to an acute case of judicial activism».

³⁴ Según la STS de Grecia, de 28 de junio de 2002 (37/2002), «the refusal of the Minister of Justice to consent to enforcement proceedings against a foreign State is not contrary to the aforementioned rules of the ECHR and the ICCPR if such enforcement proceedings are directed against the property of a foreign State serving “jure imperii” purposes or if these proceedings may endanger the international relations of the country with foreign States». Un resumen en inglés de esta Sentencia se puede consultar en la documentación sobre la práctica legislativa y, sobre todo, judicial, de los Estados europeos, recopilada por el «Committee of Legal Advisers on Public International Law» del Consejo de Europa en el marco del «Pilot Project of the Council of Europe on State Practice Regarding State Immunities»: CAHDI (2004) 5 Part II (A) rev., p. 213. Documentos que se pueden consultar en la siguiente dirección de internet: <http://www.coe.int/cahdi>.

³⁵ Decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2002 en el asunto *Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany* (núm. 59021/00). De nuevo, según el TEDH son admisibles las restricciones al

Además, una Sentencia de la Corte Especial (*Anotato Eidiko Dikastirio*) prevista en el artículo 100 de la Constitución griega, ha corregido dos años más tarde la solución dada por el *Areios Pagos* en la citada Sentencia de 4 de mayo de 2000, al establecer, por una ajustada mayoría de seis votos contra cinco, que la regla clásica de la IJ del Estado extranjero se aplica siempre respecto de los crímenes de guerra cometidos por el ejército de un Estado extranjero, incluso los cometidos sobre el territorio griego³⁶.

Por su parte, en la Sentencia del Tribunal Federal Alemán de 26 de junio de 2003, *Areios Pagos*, se deniega la ejecución de la citada Sentencia de 4 de mayo de 2000, al considerarse, siguiendo así la jurisprudencia dictada por la mencionada Corte Especial de Grecia, que el DI no permite a Grecia el ejercicio de su jurisdicción frente a los actos perpetrados en el contexto de un conflicto armado por un tercer Estado, al calificar estos actos de *iure imperio*; aunque se trate de la vulneración de normas de *ius cogens* cometidas en el territorio de Grecia y contra nacionales griegos³⁷.

Más recientemente, el *Efeteío de Patras* ha presentado una cuestión prejudicial ante el TJCE, con la que se suspende el procedimiento entablado por un grupo de particulares griegos contra Alemania³⁸, y se plantean dos cuestiones. Por una parte, si tales hechos, a tenor del artículo 1 del Convenio de Bruselas³⁹, se incluyen dentro de

artículo 6.1, si tienen como objetivo un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. En este caso se cumplen estos requisitos: la limitación que establece Grecia al Derecho a la justicia tiene como objetivo el respeto del DI y estas restricciones no son desproporcionadas, puesto que reflejan las normas del DI sobre la IJ generalmente reconocidas por todos los Estados.

³⁶ *Allemagne c. Margellos*, Sentencia de 17 de septiembre de 2002. Un resumen en inglés de esta Sentencia se puede consultar en CAHDI (2004) 5 Part II (A) rev., p. 21. Se debe tener en cuenta, como insiste el TJCE en su Sentencia de 15 de febrero de 2007 citada a continuación, que según el artículo 100, apdo. 4, de la Constitución griega, las sentencias dictadas por el *Anotato Eidiko Dikastirio* son «irrevocables», y son válidas «erga omnes», de modo que vinculan no sólo al órgano jurisdiccional que haya remitido la cuestión al *Anotato Eidiko Dikastirio* o las partes que interpusieron el recurso que dio lugar a la mencionada sentencia, sino también a cualquier tribunal u órgano de la República Helénica ante el que se plantee la misma cuestión jurídica.

³⁷ En su Sentencia de 15 de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional de Alemania ha confirmado esta jurisprudencia. Objeto de comentario por parte de RAU, M., «State Liability for Violations of International Humanitarian Law. The Distomo Case Before the German Federal Constitutional Court», *German Law Journal*, vol. 7 (2006), 1-14, pp. 2 y ss. Como señala este autor, el Tribunal Constitucional se limita a citar a la jurisprudencia del TEDH en el caso *Al-Adsani*, para llegar a la conclusión de que «under international law as it stands today, there is no exception to immunity from adjudication that allows for private suits against foreign States for violations of international law» (p. 3).

³⁸ Con la que se exige ante los tribunales griegos una indemnización por los daños físicos, morales y psicológicos sufridos a consecuencia de la masacre perpetrada por soldados de la *Wehrmacht* el 13 de diciembre de 1943 en Kalavrita, una población griega. La jurisprudencia del TJCE en este asunto ha sido objeto de análisis en la doctrina española por parte de ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Reparaciones de guerra, actos *iure imperii* y Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 15 de febrero de 2007 en el asunto *Lechouritou y otros C. República Federal de Alemania*», *La Ley*, año XXVIII, núm. 6746, 29 de junio de 2007, y REQUEJO ISIDRO, M., «Las instituciones comunitarias ante las reclamaciones civiles por violaciones graves de los derechos humanos frente al Estado», *REDI*, vol. LIX (2007), en prensa.

³⁹ Sustituido por el Reglamento núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (*DO L 12*, 2001), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, aunque en el supuesto de autos no tienen vigencias las nuevas normas establecidas por el citado Reglamento.

su ámbito de aplicación material⁴⁰. Por otra, si «¿es compatible con el sistema del Convenio de Bruselas el ejercicio del privilegio de inmunidad por el Estado demandado, de suerte que, en caso de respuesta afirmativa, este Convenio deje automáticamente de ser aplicable respecto de actos y omisiones de las fuerzas armadas del demandado acaecidos antes de la entrada en vigor de dicho Convenio...?».

Según el Abogado General, los actos *iure imperii* no entran en la órbita de aplicación del Convenio de Bruselas; y dado que los actos llevados a cabo por el ejército de un Estado son considerados como «típicas expresiones del poder del Estado», en opinión del TEDH, de la Comisión y de casi todos los Estados que han presentado observaciones en este proceso judicial prejudicial: «por tanto, el resarcimiento de los perjuicios irrogados durante una guerra por las tropas de uno de los bandos no forma parte de la “materia civil” en el sentido del artículo 1 del Convenio de Bruselas, cuyo texto no es aplicable»; sin perjuicio de las consecuencias que prevea el Derecho de la RIE⁴¹. A la misma conclusión llega el TJCE en su Sentencia de 15 de febrero de 2007⁴².

Respecto de la segunda cuestión, el Abogado General advierte que una vez contestada de forma negativa la primera, ya no es necesario responder a la segunda; si bien dado que se trata de actos de *iure imperii*, en su opinión se debería reconocer la IJ, en aplicación del adagio *par in parem non habet imperium*⁴³. Mucho más contundente y breve se manifiesta en su Sentencia el TJCE, al manifestar que «habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión, no procede responder a la segunda cuestión»⁴⁴.

⁴⁰ La cuestión prejudicial se formula con el siguiente tenor literal: «¿A tenor del artículo 1 del Convenio de Bruselas, se incluyen en su ámbito de aplicación material las acciones de indemnización ejercitadas por personas físicas contra un Estado contratante, como responsable civil de actos u omisiones de sus fuerzas armadas, ocurridos durante la ocupación militar del Estado del domicilio de los demandantes en un ataque iniciado por el demandado, en clara oposición con el derecho de guerra, pudiendo calificarse asimismo de crímenes contra la humanidad?».

⁴¹ Conclusiones del Abogado General, Ruiz-Jarabo Colomer, de 8 de noviembre de 2006, en el Asunto C-292/05, *Lechouritou et altres, c. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, párr. 57 y párrs. 59-62 con relación a la RIE. Y párrs. 37 y ss. con relación a los criterios que determinan si se trata de un acto *iure imperii*, resumidos con carácter general en el párr. 46 del siguiente modo: «..., para descubrir un acto *iure imperii* y, por tanto, no sometido al Convenio de Bruselas, importa atender: 1.º al carácter público de uno de los miembros de la relación jurídica; así como 2.º al origen y a la fuente de la acción entablada, en concreto, al uso por la Administración de poderes exorbitantes o sin parangón entre privados. El criterio “personal” sugiere un aspecto formal; el de la “subordinación” alude al fundamento, a la naturaleza y a las modalidades de ejercicio de la acción».

⁴² En la que se limita a sostener, sin hacer uso de la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, que «..., las operaciones de las fuerzas armadas constituyen sin lugar a dudas una de las manifestaciones características de la soberanía estatal, especialmente en la medida en que son decididas de modo unilateral e imperativo por las autoridades públicas competentes y están indisolublemente ligadas a la política exterior y de defensa de los Estados»; por lo que «actos como los que causaron el perjuicio alegado por los recurrentes en el litigio principal y, por tanto, el recurso que éstos interpusieron ante los tribunales griegos, mediante el cual pretenden obtener la indemnización de daños y perjuicios, derivan de una manifestación de poder público del Estado interesado en la fecha en la que dichos actos fueron perpetrados», y no están comprendidos en el ámbito de aplicación material del Convenio de Bruselas, delimitado según su artículo 1.1 a la «materia civil y mercantil»: Sentencia del TJCE de 15 de febrero de 2007, en el asunto C-292/05, *Lechouritou et altres, c. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, párrs. 36-38.

⁴³ A su entender «la inmunidad jurisdiccional estatal se sitúa, por tanto, en un plano anterior al del Convenio de Bruselas, pues, si no cabe la llamada al proceso, carece de interés saber el órgano judicial encargado de conocer la demanda. Además, excede de las atribuciones del TJCE el examen de la concurrencia de la inmunidad en el supuesto de autos y sus implicaciones con los DH»: Conclusiones..., párr. 78.

⁴⁴ Sentencia *Lechouritou...* párr. 47.

Por tanto, a la luz de esta práctica judicial se confirma que la excepción por lesiones a las personas y daños a los bienes regulada en el art. 12 de la Convención de 2004, *basada en el principio de territorialidad*, presenta a su vez una excepción en su ámbito de aplicación referida a las lesiones y los daños cometidos en situaciones de conflicto armado⁴⁵. En las que en la práctica se respeta la IJ del Estado extranjero, *incluso por los actos cometidos en el territorio del Estado del foro*. Desde la perspectiva de la efectiva protección de los DH, esta solución podrá ser objeto de crítica; pero lo cierto es que la práctica de los Estados ofrece una respuesta bastante clara al respecto. Esta misma consideración, obviamente de carácter fundamental, cabe plantear con relación a la discusión sobre el alcance de la jurisdicción civil universal ante violaciones graves de los DH atribuibles al Estado extranjero, y la posible existencia, en tales supuestos, de una excepción a la IJ del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro.

III. LA JURISDICCIÓN CIVIL UNIVERSAL ANTE VIOLACIONES GRAVES DE LOS DH Y LA IJ DEL ESTADO

1. Un tema no regulado en la Convención de 2004

Como se ha comprobado en el epígrafe anterior, el Proyecto de 1991 no se ocupa de este tema. A finales de los noventa, en el Informe del Grupo de Trabajo de la CDI de 1999 se llamó la atención sobre esta cuestión, citando en particular las enmiendas de 1996 a la FSIA, y el caso Pinochet⁴⁶. Sin embargo, en la Sexta Comisión no se

⁴⁵ Como se ha señalado en la nota a pie de p. 22, el art. 12 tampoco es de aplicación a las «actividades militares». Vide también a este respecto lo dispuesto en el art. 31 del Convenio Europeo, citado en la nota a pie de p. 13.

⁴⁶ En 1998, la AG estableció un *Grupo de Trabajo* de composición abierta en la Sexta Comisión y pidió a la CDI que presentara sus comentarios sobre las cuestiones objeto de debate, con el objetivo de facilitar la labor del Grupo de Trabajo (Resolución 53/98 de 8 de diciembre de 1998). Dado que en el Estatuto de la CDI no se prevé una «Tercera Lectura», a su vez en el seno de la CDI se nombró un Grupo de Trabajo quien presentó un Informe ante la Sexta Comisión en el que se daba cuenta de la génesis de las cinco cuestiones objeto de discusión, se hacía un resumen de la práctica judicial más reciente y se formulaban propuestas de regulación sobre cada una de ellas: *Anuario CDI*, 1999, vol. II, Segunda Parte, Anexo, Apéndice, párs. 1 y ss., y pár. 13 en el que el Grupo de Trabajo concluye del siguiente modo: «Los acontecimientos examinados en el presente anexo no se tratan expresamente en el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Con todo, constituyen una evolución reciente en materia de inmunidad que no cabe pasar por alto». Los desarrollos a que se refiere el Grupo de Trabajo son los siguientes: «Se trata del argumento –que cada vez se aduce con más frecuencia– de que debe denegarse la inmunidad en los casos de muerte o lesiones personales causadas por actos del Estado en violación de las normas de DH que tienen carácter de *jus cogens*, en particular la prohibición de la tortura»: *Ibidem*, pár. 3. En concreto cita el asunto Pinochet, y considera que aunque se trata de un procedimiento penal, «no cabe duda de que este asunto, así como la difundida publicidad que se le ha dado, ha generado cierto apoyo a favor de la opinión de que los altos funcionarios del Estado no deben poder invocar la inmunidad por los actos de tortura cometidos en su propio territorio en las acciones tanto civiles como penales»: *Ibidem*, pár. 12; y dos sentencias en las que los tribunales de Estados Unidos han aplicado la *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996*, los casos *Rein v. Libya*, y *Cicippio v. Islamic Republic of Iran*. El Grupo de Trabajo también cita varios asuntos en los que se ha alegado con éxito la IJ, a los que a continuación se hará referencia: *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992); *Argentine*

llegó a un acuerdo general sobre esta cuestión; es más, se consideró que la inclusión de este tema podía poner en peligro el éxito de todo el proceso codificador, por lo que se decidió no abordar su regulación jurídica en la Convención de 2004⁴⁷.

Por tanto, la Convención de 2004 no se ocupa de una posible excepción a la IJ referida a la violación de normas *ius cogens* sobre DH (referidos fundamentalmente a la protección de la vida y la integridad física) cometidas en el propio territorio del Estado extranjero o en el territorio de terceros Estados. Más en particular, tampoco regula las excepciones, basadas en el principio de extraterritorialidad, previstas en la FSIA, referidas a los actos contrarios a DI cometidos por un Estado extranjero fuera del territorio de Estados Unidos, en casos de «expropiación» y «terrorismo». En opinión de Stewart, el representante del principal «Estado interesado» en este tema, de conformidad con la práctica legislativa y judicial interna de Estados Unidos, y a la vista de la historia legislativa de la Convención de 2004, no se puede concluir que dicha práctica sea contraria a DI: «The issues remain controversial»⁴⁸.

No obstante, si se repasa la estructura que presenta la Convención de 2004, en la que se parte de la regla general de la IJ del Estado (art. 5), respecto de la que se regulan una serie de excepciones, a modo de lista cerrada, se puede sostener que este convenio ofrece una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que el ejercicio de la jurisdicción civil universal en materia de DH no constituye una excepción a la regla general de la IJ del Estado extranjero ante el Estado del foro, que esté vigente en el DI consuetudinario⁴⁹. Presunción que se ve confirmada con toda claridad por el límite territorial que presenta la excepción regulada en el artículo 12.

Si bien, por una parte, queda abierta la posibilidad de que los Estados que ratifiquen la Convención de 2004, hagan uso de la técnica de las declaraciones interpretativas y/o de las reservas para salvaguardar su posición jurídica en este ámbito⁵⁰. Por

Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation (1989); *Saudi Arabia v. Nelson* (1993); *Princz. v. Federal Republic of Germany* (1994), todos ellos referidos a la práctica de los tribunales de Estados Unidos, así como el asunto *Al-Adsani v. Kuwait* en el Reino Unido (1996): *Ibíd.*, notas 131 y 132.

⁴⁷ En esta dirección se pronuncia en su intervención ante la *Chatham House* G. Hafner, el Presidente del Comité Especial creado por la AG en el que se han fraguado las últimas etapas del proceso codificador que ha permitido la adopción de la Convención de 2004. Intervención en la Conferencia celebrada el 5 de octubre de 2005, en la *Chatham House*, que se puede consultar en la dirección de internet, <http://www.chathamhouse.org.uk/>.

⁴⁸ STEWART, D. P., «The UN Convention on jurisdictional Immunities of States and their Property», *AJIL*, vol. 99 (2005), 194-211, p. 206.

⁴⁹ Cfr. PARLETT, K., «Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception», *European Human Rights Law Review*, vol. 1 (2006), 49-66, pp. 53-54 y 58-59. Además, esta autora destaca que, de conformidad con el art. 2.1b) de la Convención de 2004, en la definición de Estado, a los efectos de garantizar la IJ, se incluyen los «representantes del Estado cuando actúen en tal carácter», mientras que en el art. 6.2b) se hace referencia, a los efectos también de hacer efectiva la IJ del Estado, a aquellos procesos judiciales en los que no es mencionado el Estado como parte en el proceso, «pero este proceso tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado; de conformidad con estas disposiciones, «... civil proceedings for torture against a State official would arguably affect a State's interests or activities and would thereby attract immunity under the Convention. It remains to be seen whether the Convention receives broad acceptance among States, but these are significant concerns about the impact of its provisions on the progress which has been made in denying immunity to State officials in civil proceedings for torture» (pp. 63-64). Argumento éste, que como se comprobará a continuación ha sido asumido por la Cámara de los Lores en el asunto *Jones*.

⁵⁰ Como ha ocurrido en el caso de Noruega, el primer Estado en ratificar la Convención de 2004, al formular una declaración de alcance muy general referida a la protección de los DH, en la que no obstan-

otra, la presunción *iuris tantum* contraria a la existencia de la mencionada excepción que se deduce de la Convención de 2004, también podrá ser desmentida gracias a un tratado posterior, o de conformidad con una práctica general, constante y uniforme de los Estados, certificada a través de sus legislaciones y las decisiones de sus tribunales. Por tanto, se hace necesario el análisis de la práctica internacional.

2. La jurisprudencia del TEDH

Análisis en el que ocupa un lugar destacado el asunto *Al-Adsani*⁵¹. Planteado este asunto ante el TEDH se van a suscitarse fundamentalmente dos cuestiones. *Por una parte*, si en aplicación de los artículos 1 y 13 de la Convención de 1950 los Estados partes están obligados a ejercer la jurisdicción de sus tribunales, en este caso en el ámbito civil, por hechos cometidos en terceros Estados que vulneren los derechos contenidos en dicha Convención, y que se atribuyen además a los órganos de Gobierno de un tercer Estado. En su Sentencia, el TEDH, por decisión unánime desestima las alegaciones del recurrente por entender que «however, in each case the State's obligation applies only in relation to ill-treatment allegedly committed within its jurisdiction»⁵². Según el TEDH, dado que los actos de tortura no se han cometido en el territorio del Reino Unido, no existe ninguna conexión causal (*causal connection*) entre las autoridades del Reino Unido y las violaciones de los DH cometidas en Kuwait; en tales circunstancias, no se puede sostener que el Reino Unido tenga la obligación de garantizar un recurso efectivo en el orden civil ante sus tribunales internos respecto de los actos de tortura cometidos por las autoridades de Kuwait⁵³.

no se precisa la posición del Estado nórdico respecto de la jurisdicción civil universal y la IJ del Estado extranjero. En su Declaración, Noruega se limita a señalar lo siguiente: «Finally, Norway understands that the Convention is without prejudice to any future international development in the protection of human rights».

⁵¹ Sulaiman Al-Adsani es un ciudadano con doble nacionalidad británica y kuwaití y piloto de profesión, quien al volver a su país de origen, Kuwait, en 1991 durante la Guerra del Golfo, fue objeto de graves lesiones físicas y psíquicas por parte del emir de Kuwait, el jeque Jaber Al-Saoud Al-Sabah. Tras regresar al Reino Unido, emprendió acciones judiciales contra el jeque Al-Sabah y el Estado de Kuwait ante los tribunales británicos. En el primer caso obtuvo una sentencia condenatoria en rebeldía imposible de ejecutar porque el autor de tales lesiones carecía de bienes en el Reino Unido. Respecto de las acciones judiciales contra el Gobierno kuwaití, finalmente una sentencia de la *Court of Appeal* de 27 de noviembre de 1996 reconocía la inmunidad de Kuwait ante los tribunales del Reino Unido, en aplicación de la Sección 5 de la *State Immunity Act* de 1978, en la que únicamente se exceptúa la IJ en caso de acciones de indemnización pecuniaria por muerte o daños corporales, si el acto u omisión que los causa *tiene lugar* en el Reino Unido.

⁵² Pár. 38 de esta Sentencia.

⁵³ En esta dirección, lleva razón SÁNCHEZ LEGIDO, cuando sostiene que «las obligaciones positivas de los Estados parte no deben llevarse hasta el extremo de exigirles ejercer su jurisdicción en relación con hechos acaecidos o que puedan suceder en el territorio de terceros Estados, al menos si no han sido cometidos ni por sus agentes ni por sus nacionales»; sobre todo, añade el mismo autor, si no se trata de la puesta en práctica de la represión penal contra los individuos responsables de las violaciones de los DH, sino de una demanda civil contra un Estado extranjero, «... un ámbito en el cual, además del riesgo evidente de perturbación de las relaciones entre los Estados implicados, no puede olvidarse que también entra en juego el principio de igualdad soberana de los Estados»: SÁNCHEZ LEGIDO, A., «*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de DH», *REDI*, vol. LIII (2001), 313-342, pp. 320-321.

Por otra, en esta Sentencia se plantea, al igual que en el asunto *McElhinney* ya citado, la compatibilidad entre, en primer lugar, el principio de la inmunidad soberana de los Estados con el derecho de acceso a la justicia (art. 6.1 CEDH), y, en segundo lugar, más en concreto, la operatividad de dicho principio en caso de violación de normas de *ius cogens*, como la que prohíbe la tortura. Respecto de la primera cuestión, el TEDH considera que las limitaciones a la aplicación del artículo 6.1 de la Convención de 1950 en este caso cumplen el principio de proporcionalidad, ya que son conformes con la normas generalmente aceptadas del DI público, al tratarse de limitaciones «... generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity»⁵⁴. Mientras que respecto de la segunda, la Gran Sala del TEDH, *por una ajustada mayoría de nueve votos contra ocho*, concluye del siguiente modo:

«While the Court accepts, on the basis of these authorities, that the prohibition of torture has achieved the status of a peremptory norm in international law, it observes that the present case concerns not, as in *Furundzija* and *Pinochet*, the criminal liability of an individual for alleged acts of torture, but the immunity of a State in a civil suit for damages in respect of acts of torture within the territory of that State. Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged»⁵⁵.

Por lo que la Corte, a pesar de la importancia que presenta la prohibición de la tortura, considera que en el DI contemporáneo todavía no está aceptado que los Estados no tengan derecho a alegar la IJ por los daños producidos por actos de tortura cometidos fuera del territorio del Estado del foro; por tanto, la legislación del Reino Unido de 1978, de nuevo es conforme con las limitaciones al derecho a la justicia «...generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity»⁵⁶.

Sin embargo, para los Jueces Disidentes, si se acepta que la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens*, el Estado que vulnera una norma de esta naturaleza no puede alegar otras normas de rango inferior, como las que se ocupan de la IJ, para evitar las consecuencias de dicha vulneración. Por tanto, Kuwait no puede escudarse en las normas sobre la IJ para obstaculizar las demandas civiles presentadas ante los tribunales del Reino Unido, y éstos no pueden aceptar la IJ de Kuwait para rechazar una demanda relativa a la violación de una norma de *ius cogens*⁵⁷.

⁵⁴ Pár. 56.

⁵⁵ Pár. 61.

⁵⁶ Pár. 66.

⁵⁷ En su opinión, «due to the interplay of the *ius cogens* rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect. In the same vein, national law which is designed to give domestic effect to the international rules on State immunity cannot be invoked as creating a jurisdictional bar, but must be interpreted in accordance with and in the light of the imperative precepts of *ius cogens*»: Joint dissenting Opinion of Judges Rozakis, and Caflisch, joined by judges wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic, pár. 3.

Esta última postura jurídica, favorable a la efectividad de los DH contenidos en la Convención de 1950, puede ser objeto de debate, al menos de *lege ferenda*. Pero desde la perspectiva de la *lex data*, la decisión del TEDH en este asunto resulta conforme con el DI en vigor, a la luz de la práctica internacional de la última década. Como a continuación se comprobará, la práctica no confirma que la IJ de los Estados, como corolario de un principio estructural del DI contemporáneo –el principio de igualdad soberana–, deba suprimirse en supuestos en los que se planteen demandas civiles ante el Estado del foro por violaciones de los DH cometidas en el territorio de terceros Estados. Con carácter general, la práctica demuestra que la vigencia y aplicación de este principio es considerado de fundamental importancia para el desarrollo de las relaciones de cooperación entre los Estados, como lo reconoció la CIJ en 1980⁵⁸.

3. La práctica más reciente de los tribunales internos

A) LA PRÁCTICA DE ESTADOS UNIDOS EN SU PARTICULAR –Y UNILATERAL– COMBATE CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL

1) En el caso de Estados Unidos, la *Alien Tort Claims Act* (ATCA) establece la jurisdicción de sus tribunales respecto de «any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States». Esta normativa data de 1789, pero ha permanecido inaplicada durante dos siglos, para cobrar actualidad a raíz del asunto *Filartiga v. Peña-Irala*; desde entonces, ha dado lugar a una práctica relativamente abundante de demandas civiles, por violaciones de los DH cometidas en terceros Estados, ante los tribunales de Estados Unidos. Este tipo de demandas ha sido posible también gracias a la promulgación en 1991 de la *Torture Victim Protection Act* (TVPA), que extiende la protección a los nacionales estadounidenses frente a las torturas y ejecuciones extrajudiciales sufridas en terceros Estados⁵⁹. Si bien, en la gran mayoría de los casos en los que se ha concedido una indemnización en aplicación de esta legislación, no se ha hecho efectiva, ya que los demandados carecían de bienes en Estados Unidos⁶⁰.

⁵⁸ CIJ, *Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Teheran (Etats-Unis c. Iran)*, Sentencia de 24 de mayo de 1980, *Recueil 1980*, p. 42. Cfr. para este pár. SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Ius cogens, inmunidad soberana...», *loc. cit.*, p. 330.

⁵⁹ Según la TVPA, «An individual who under actual or apparent authority, or under colour of law, of any foreign nation 1) subjects an individual to torture shall, in a civil action, be liable for damages to that individual; or 2) subjects an individual to extrajudicial killing shall, in a civil action, be liable for damages to the individual's legal representative, or to any person who may be a claimant in an action for wrongful death».

⁶⁰ Vide FLAUSS, J-F., «Compétence civile universelle et droit international général», en Tomuschat, C., y Thouvenin, J. M. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, The Hague, 2006, 385-416, pp. 399-402. La principal excepción de cierta relevancia a este respecto la constituye el asunto *Marcos (In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litigation)*, Sentencia de la Corte de Apelaciones de 16 de junio de 1994), objeto de análisis por parte de BOTTIGLIERO, I., *Redress for Victims of Crimes under International Law*, Leiden/Boston, 2004, p. 60; asunto en el que los tribunales suizos decidieron la transferencia de los fondos que el ex dictador filipino tenía en bancos suizos, un total de 450 millones de dólares, pero al Estado filipino, cuyas autoridades hasta la fecha no han hecho efectiva ninguna cantidad a las víctimas de violaciones de los DH.

En algunas de estas demandas se ha planteado la cuestión de la IJ del Estado y de sus órganos, y los tribunales de Estados Unidos por regla general se han limitado a aplicar la *Foreign Sovereign Immunity Act* (FSIA) de 1976; como es el caso, por ejemplo, del asunto *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation*⁶¹. En efecto, la FSIA también establece la denominada *tort exception*, delimitada a los hechos cometidos en el territorio de Estados Unidos⁶². Aunque el objetivo inicial de esta excepción era permitir a las víctimas de accidentes de tráfico u otros daños relativos a accidentes de circulación, el acceso a los tribunales para obtener una indemnización contra un Estado extranjero, en el conocido asunto *Letelier v. Republic of Chile*, el Tribunal dejó bien claro que «There was no indication in the language of Section 1605 (a) (5) that the tortious acts to which it referred were to be only those classified as private or *jure gestionis*. There was nothing in the legislative history of the Act which qualified its plain meaning. The history of the Act made it clear that it was cast in general terms so as to apply to all tort actions for damages against a foreign State»⁶³.

⁶¹ En el que el TS mantuvo que la ATCA se debía interpretar y aplicar de forma sistemática con la ya citada FSIA, por lo que correspondía reconocer la IJ a favor de Argentina; al considerarse que la FSIA era *lex specialis* respecto de la ATCA, y en este caso no era aplicable ninguna de las excepciones previstas en la FSIA, puesto que los hechos se habían producido en alta mar y no en territorio de Estados Unidos: STS de 23 de enero de 1989. En este asunto dos buques con bandera de Liberia fueron atacados por aviones de guerra argentinos, mientras se encontraban navegando por aguas del Océano Atlántico cercanas a las Malvinas; los propietarios de los buques y cargamentos presentaron una demanda ante los tribunales estadounidenses contra Argentina, exigiendo una indemnización por los daños y perjuicios causados a raíz del mencionado ataque aéreo, en aplicación de la ATCA: vide resumen y comentario de esta Sentencia en «International Decisions», *AJIL*, vol. 83 (1989), pp. 565-568.

⁶² Con el siguiente tenor literal: «a) A foreign State shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case:... 5) not otherwise encompassed in paragraph 2) [commercial activities] above, in which money damages are sought against a foreign State for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign State or of any official or employee of that foreign State while acting within the scope of his office or employment; except this paragraph shall not apply to: A) any claim based upon the exercise of performance or the failure to exercise discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit or interference with contract rights».

⁶³ Decidido por el Tribunal de Distrito de Columbia, en sus Sentencias de 11 de marzo de 1980 y 5 de noviembre de 1980, que se pueden consultar en *ILM*, vol. XIX (1980), pp. 409-428 y pp. 1418-1435, respectivamente. En este asunto el embajador y Ministro de Asuntos Exteriores de Chile, Orlando Letelier, y su ayudante estadounidense, Ronni Moffitt, fueron asesinados con un coche-bomba en Washington D.C., según todas las informaciones en ejecución de órdenes dadas por el jefe de la policía chilena, General Manuel Contreras, o directamente por el propio General Augusto Pinochet. Los familiares de las víctimas interpusieron una demanda contra Chile ante el Tribunal de Distrito de Columbia; aunque Chile alegó la IJ, no fue admitida en aplicación de la citada excepción, la *tort exception*. No obstante, de conformidad con la posterior Sentencia de la Corte de Apelaciones de 20 de noviembre de 1984 en este asunto, durante una década no fue posible la ejecución de la Sentencia contra Chile, ya que este Estado no tenía propiedades en Estados Unidos que «is or was used for the commercial activity upon which the claim is based», requisito éste que es exigido por la legislación estadounidense (1610,a)2] de la FSIA; por lo que no fue posible la ejecución de la Sentencia contra la Línea Aérea Nacional de Chile como habían solicitado los demandantes, a pesar de tratarse de bienes del Estado utilizados para actividades comerciales: resumen y comentario de esta Sentencia en «Judicial Decisions», *AJIL*, vol. 79 (1985), pp. 447-449. Finalmente, este asunto fue resuelto por una comisión bilateral creada de conformidad con el tratado celebrado entre Estados Unidos y Chile de 11 de junio de 1990, a través de su Decisión de 11 de enero de 1992, con la que se estableció la indemnización que debía pagar el Estado chileno al Gobierno de Estados Unidos y que éste a su vez debía entregar a los familiares de Letelier y Moffitt, un total de 2.611.892 dólares: el texto de la

Pero siempre que los hechos hayan tenido lugar dentro de la jurisdicción de los Estados Unidos, como así se confirmó, entre otros, en el asunto *Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*⁶⁴, y posteriormente en el asunto *Nelson v. Saudi Arabia*⁶⁵, en los que se reconoció la IJ del Estado extranjero por los hechos cometidos en su propio territorio. Por tanto, incluso en el caso del recurso a la legislación ya citada –ATCA/TVPA–, los tribunales de Estados Unidos siempre han aplicado las normas que regulan la IJ reconocidas por el DI contemporáneo; por lo que no ha sido posible hacer uso de esta legislación contra ningún Estado, ni contra individuos que ocupaban un cargo en un órgano de un tercer Estado al que el DI garantiza IJ. Así, se ha respetado la IJ en el caso de demandas dirigidas contra el Jefe de Estado o de Gobierno y los

Decisión se puede consultar en *ILM*, vol. XXXI (1992), 1-15. Con posterioridad, vide también el asunto *Liu v. Republic of China*, Sentencia de la Corte de Apelación de 29 de diciembre de 1989, en la que el Tribunal concedió una indemnización por los daños y perjuicios causados por el asesinato de un periodista en California, por orden de las fuerzas de seguridad de Taiwán; el texto de esta Sentencia se puede consultar en *ILM*, vol. XXIX (1990), pp. 192-207.

⁶⁴ «There is explicit legislative history indicating that Congress intended that the tortious act or omission, as well as the injury, occur in the United States...»: *Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*, United States Court Appeals, Seventh Circuit, Sentencia de 1 de mayo de 1985; resumen y comentario de la Sentencia en «Judicial Decisions», *AJIL*, vol. 79 (1985), 1057-1059. En este asunto, la señora Frolova, una estudiante estadounidense que se había casado con un nacional de la Unión Soviética, demandó a la Unión Soviética ante los tribunales estadounidenses por los daños mentales y físicos sufridos a consecuencia de que la Unión Soviética no había permitido a su marido emigrar a los Estados Unidos. Según la Corte de Apelaciones, en este asunto la Unión Soviética tiene derecho a hacer valer la IJ, de conformidad con la *FSIA*, ya que no resulta de aplicación ninguna de las excepciones previstas en la misma.

⁶⁵ *Nelson v. Saudi Arabia*, Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Sentencia de 21 febrero de 1991, cuyo texto se puede consultar en *ILM* vol. XXX (1991), pp. 1171-1178. En este asunto se presentó una demanda ante los tribunales estadounidenses contra Arabia Saudita por los daños que había sufrido en aquel país un ingeniero nacional de Estados Unidos que había sido detenido y torturado por agentes del Gobierno saudita. El Tribunal de Apelaciones estableció un nexo causal entre su contratación en Estados Unidos como ingeniero para trabajar en Arabia Saudita, y la posterior detención y maltratos a que fue sometido en este país, considerando que efectivamente podía afirmarse la jurisdicción de los tribunales americanos en aplicación de la *FSIA*. Según el Tribunal de Apelaciones, «the recruitment and hiring of Nelson in the United States was a “commercial activity” of the Saudi government». Pero el TS casó la decisión de la Corte de Apelaciones, al considerar que la excepción por actividades comerciales no se podía aplicar respecto de los actos de detención y torturas cometidas en Arabia Saudita: *Saudi Arabia, King Faisal Specialist Hospital and Royspec, Pettioners v. Scott Nelson et ux.*, STS de 23 de marzo de 1993; resumen y comentario en «International Decisions», *AJIL*, vol. 87 (1993), pp. 442-444. Con posterioridad, la *FSIA* se ha aplicado, reconociendo la IJ de Alemania, en el caso *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany* (Sentencia de la Corte de Apelaciones de 1 de julio de 1994), en el que el demandante, un judío nacional de Estados Unidos, demandó a Alemania ante los tribunales estadounidenses por los daños que había sufrido él y su familia (todos fueron exterminados) durante su internamiento en un Campo de Concentración nazi a principios de los años cuarenta; el tribunal rechaza el argumento según el cual al tratarse de normas de *ius cogens* el Estado ha renunciado implícitamente a la IJ y sostiene que las excepciones a la IJ sólo pueden estar basadas en la *FSIA* de 1976: el texto de esta Sentencia se puede consultar en *ILM*, vol. XXXIII (1994), pp. 1483-1502; la misma respuesta han ofrecido los tribunales de Estados Unidos en un asunto muy similar: *Sampson v. Federal Republic of Germany*, Sentencia se Tribunal de Apelaciones de 23 de mayo de 2001. También se ha aplicado la IJ a favor de Japón, en el asunto *Hwang Geum Joo et al. v. Japan, Minister Yohei Kono, Minister of Foreign Affairs*, en el que 15 mujeres de China, Taiwán, Corea del Sur y Filipinas solicitan ante los tribunales de Estados Unidos que Japón indemnice a las víctimas de esclavitud sexual y torturas cometidas durante la Segunda Guerra Mundial: Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 27 de junio de 2003, y posteriormente –tras haber afirmado el TS la retroactividad de la *FSIA* en el asunto *Altman*–, de nuevo mediante Sentencia de 28 de junio de 2005. El texto de esta última Sentencia se puede consultar en *ILM*, vol. 45 (2006), pp. 127-132.

Ministros de Asuntos Exteriores, todos ellos en activo⁶⁶; pero no se reconoce la IJ para los individuos que nunca han ocupado o ya no ocupan tales cargos⁶⁷. La jurisprudencia de los tribunales estadounidenses es bastante contundente a este respecto: «whatever else the Alien Tort Statute might do, it does not provide the courts with jurisdiction over a foreign sovereign. Only the FSIA can provide such jurisdiction»⁶⁸.

⁶⁶ Vide *inter alia*, la Sentencia del Tribunal de Distrito de 27 de enero de 1994 en el asunto *Lafontant v. Aristide*, en la que se reconoce la IJ del Presidente de Haití ante los tribunales de Estados Unidos ante la demanda presentada por los familiares de la víctima, fallecido mientras se encontraba detenido en las cárceles de Haití: vide «International Decisions», *AJIL*, vol. 88 (1994), pp. 528-532. Asimismo, con la opinión favorable del Gobierno estadounidense, de conformidad con la Sentencia del Tribunal de Distrito de 2001 y la posterior Sentencia del Tribunal de Apelación de 28 de febrero de 2003 en el asunto *Tachiona v. Mugabe*, se ha reconocido la IJ del Jefe de Estado de Zimbaue, Robert Mugabe, así como del Ministro de Asuntos Exteriores, Stan Mudenge, ante la demanda civil presentada ante los tribunales de Nueva York por asesinato y torturas, en aplicación de la TVPA: «Contemporary Practice», *AJIL*, vol. 95 (2001), 874-876. Por citar otro caso reciente, se reconoce la IJ a favor de China en el asunto *Wei Ye v. Jiang Zemin and the Falong Gong Control Office*, en el que la Corte de Apelaciones decidió en su Sentencia de 8 de septiembre de 2004, que se debía rechazar por este motivo la demanda civil presentada contra el Jefe de Estado chino, y el Gobierno chino, por los actos de tortura, genocidio y detención ilegal cometidos contra los miembros de la secta Falun Gong; a pesar de que en el momento de dictarse la Sentencia Jiang Zemin ya no ocupaba el cargo de Jefe de Estado, por lo que no podía alegarse la IJ respecto de sus «private acts»; no obstante, los tribunales estadounidenses consideraron que aunque se tratara de la vulneración de normas de *ius cogens*, la afirmación por el ejecutivo estadounidense de que Jiang Zemin, como Jefe de Estado extranjero, debía disfrutar de IJ absoluta, debía ser respetada por los tribunales para evitar interferir en el desarrollo de la política exterior de Estados Unidos y así respetar el principio general de la separación de poderes reconocido por la Constitución de Estados Unidos. En la doctrina, sobre la práctica de los tribunales de Estados Unidos, vide MURPHY, S. D., *United States Practice in International Law. Volume 2: 2002-2004*, Cambridge, 2006, pp. 78-81. Más en concreto, sobre la aplicación de la doctrina de la «Political Question», y su relación con la IJ del Estado extranjero, vide KETCHEL, A., «Deriving Lessons for the Alien Tort Claims Act from the Foreign Sovereign Immunities Act», *The Yale Journal of International Law*, vol. 32 (2007), 191-218, pp. 201 y ss., en las que destaca que la Administración Bush viene interviniendo en un buen número de las demandas que se presentan ante los tribunales estadounidenses, en defensa de la aplicación de la «Political Question Doctrine», para evitar que el asunto sea objeto de la jurisdicción de los tribunales estadounidenses y no se interfiera en la política exterior del Gobierno de Estados Unidos.

⁶⁷ Por ejemplo, esta doctrina se ha aplicado por el Tribunal de Apelaciones en su Sentencia de 23 de mayo de 2005 en el asunto *Enahoro et al. v. General Abdulsalami Abubakar*, en la que se deniega la IJ del antiguo general y durante un año Jefe de Estado de Nigeria, por las torturas y ejecuciones extrajudiciales cometidas en Nigeria contra nacionales de ese país. O respecto de individuos que no acreditan representar a algún Estado; por ejemplo, en el caso *Kadic v. Karadzic*, Sentencia de la Corte de Apelaciones de 13 de octubre de 1995; hasta la fecha la indemnización concedida, 745 millones de dólares, no se ha hecho efectiva por parte del líder serbiobosnio: vide «International Decisions», *AJIL*, vol. 90 (1996), pp. 658-663; y «Contemporary Practice», *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 143-144.

⁶⁸ Se ha aplicado la IJ a favor de Japón, en el asunto *Hwang Geum Joo et al. v. Japan, Minister Yohei Kono, Minister of Foreign Affairs*, como confirma la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 27 de junio de 2003, ya citada, cita en p. 13. En aplicación de esta jurisprudencia, en el caso *Doe I v. Unocal Corporation*, decidido mediante Sentencia de la Corte de Apelación de 18 de septiembre de 2002, se reconoce la IJ ante la demanda presentada contra el gobierno militar de Myanmar por violaciones de los DH (asesinatos, torturas, esclavitud...) cometidas en el territorio del Estado asiático contra sus propios nacionales; pero si se admite la demanda presentada contra una empresa estadounidense, UNOCAL, dedicada a la explotación del gas y más en concreto a la construcción de un gaseoducto en Myanmar, gracias al contrato firmado con el Gobierno militar birmano y con la *Myanmar Oil*, por su complicidad en la comisión de violaciones graves de los DH (en particular, sometimiento a trabajos forzados o esclavitud de los nacionales birmanos que trabajan en la construcción del gaseoducto, así como otras violaciones de los DH) en aplicación de la ATCA. En enero de 2006, la empresa UNOCAL ha llegado a un acuerdo económico con los demandantes para indemnizarles por las violaciones de los DH sufridas, que ha permitido poner fin a los procedimientos judiciales ante los tribunales estadounidenses.

2) En 1996 la FSIA fue objeto de enmiendas, introducidas por la «*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996* (AEDPA)⁶⁹. De conformidad con esta reforma legislativa, un Estado extranjero no puede alegar su IJ ante los tribunales estadounidenses, en relación con las demandas civiles presentadas en su contra, para obtener una compensación financiera por los daños sufridos en forma de «personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage taking», si se cumplen las siguientes condiciones: a) el Estado demandado ha sido designado oficialmente por el Gobierno de Estados Unidos, en concreto por su Secretario de Estado, como «a State sponsor of terrorism», durante el período de tiempo en el que se cometió el atentado terrorista; b) la víctima era nacional de Estados Unidos cuando se produjeron los hechos, y c) «if the act occurred in the foreign State against which the claim has been brought the claimant must have afforded the respondent State a reasonable opportunity to arbitrate the claim»⁷⁰. Como es obvio, el objetivo de esta modificación de la FSIA no es la protección de los DH de cualquier individuo al margen de su nacionalidad, ante las violaciones sufridas en terceros Estados, de modo que se permitiera a los tribunales estadounidenses el ejercicio del principio de jurisdicción civil universal; según su propio tenor literal, la AEDPA se promulga con la finalidad de proteger la vida, la integridad física y otros DH de los nacionales estadounidenses que se encuentren en el extranjero, y que sean víctimas de actos de terrorismo.

Como era de esperar, los Estados contra los que se ha aplicado esta legislación han protestado enérgicamente: la consideran como contraria a DI, y de hecho no han comparecido en los procedimientos judiciales en los que han sido demandados ante los tribunales de Estados Unidos; además, a modo de «represalia», han adoptado legislación interna que permite las demandas judiciales contra Estados Unidos por violación de los DH⁷¹. Hasta hoy, Estados Unidos ha designado como «sponsor of terrorism», a Cuba, Irán, Irak, Libia, Corea del Norte, Sudán, Siria y la República

⁶⁹ Normativa que se puede consultar en *ILM*, vol. XXXVI (1997), pp. 759-760.

⁷⁰ En la doctrina, sobre la historia legislativa y la aplicación de esta normativa, vide COOPER-HILL, J., *The Law of Sovereign Immunity and Terrorism*, United States of America, 2006, pp. 129-153. Se debe destacar que de conformidad con esta reforma legislativa, el Estado es responsable por actos de terrorismo, pero sólo respecto de los «compensatory damages»; mientras que en el caso de que el acto terrorista haya sido cometido por sus «agencies and instrumentalities», también lo será por los «punitive damages», de conformidad con el «Flatow Amendment» que se promulgó a los pocos meses de adoptarse la AEDPA, el 30 de septiembre de 1996; si bien el «Flatow Amendment» sólo permite las demandas contra los individuos órganos del Estado que cometieron los actos de terrorismo, pero no contra el propio Estado, como se han encargado de aclarar los tribunales estadounidenses en los asuntos *Cicipio-Puleo v. Iran* y *Acree v. Iraq*, a los que se hará referencia a continuación. No obstante, gracias a la enmienda de 1998 que se citará a continuación, también se permiten a partir de entonces las demandas por los «punitive damages»: vide COOPER-HILL, J., *The Law...*, *op. cit.*, pp. 146-149. Asimismo, también conviene señalar que la modificación introducida en 1996 permite la ejecución de los bienes del Estado destinados a actividades comerciales, «regardless of whether the property is or was involved with the act upon which the claim is based».

⁷¹ En concreto, «Cuba reportedly allows such suits for violations of human rights; and two judgments assessing billions of dollars in damages against the U.S. have apparently been handed down. Iran reportedly has authorized suits against foreign States for intervention in the internal affairs of the country and for terrorist activities resulting in the death, injury, or financial loss of Iranian nationals; and at least one judgment for half a billion dollars in damages has been handed down against the U.S.»: ELSEA, J. K., *Suits...*, *op. cit.*, p. 45.

Federal Yugoslavia durante el Gobierno de Milosevic. Por su parte, otros Estados, por ejemplo los Estados miembros de la UE, desde luego no han secundado a Estados Unidos, por lo que de momento no se aprecia, ni mucho menos, una práctica general, constante y uniforme en el sentido que propone la legislación estadounidense.

Se debe añadir que en la segunda mitad de los noventa, los Tribunales estadounidenses han aplicado las citadas enmiendas de 1996, concediendo cuantiosas indemnizaciones en favor de las víctimas, que incluyen tanto los «compensatory damages», como los «punitive damages». Pero ninguna de estas indemnizaciones se ha hecho totalmente efectiva⁷², sobre todo porque las relaciones económicas y comerciales que mantiene Estados Unidos con tales Estados son inexistentes, y, además, en todo caso se aplicarían las normas que regulan las inmunidades de ejecución de los Estados extranjeros, en concreto las relativas a los bienes de las embajadas y consulados, como el propio gobierno estadounidense ha tenido que reconocer⁷³.

Todo ello a pesar de que en 1998 el Congreso modifica la FSIA para que en el caso de Estados designados como «sponsors of terrorism», se pueda ejecutar la sentencia contra cualquier bien del Estado demandado que se encuentre en Estados Unidos, incluidos los fondos bloqueados; además, se deroga en este mismo caso la prohibición de conceder «punitive damages»; si bien se permite que «the President may waive any provisions of paragraph (1) in the interest of national security»⁷⁴. Sobre todo, se debe tener en cuenta que siguen vigentes las inmunidades diplomáticas y consulares, lo que en la gran mayoría de los casos impide que se ejecuten las sentencias dictadas en aplicación de la modificación de 1996, ya que tales Estados apenas poseen bienes en territorio de Estados Unidos, excepto los destinados a las actividades de las embajadas y

⁷² Hasta la fecha se han dictado alrededor de una veintena de sentencias contra Estados considerados «sponsors of Terrorism», sin que ninguna de ellas haya sido totalmente ejecutada. El resumen de estos casos se puede consultar en «Contemporary Practice», *AJIL*, vol. 93 (1999), pp. 181-184; vol. 94 (2000), pp. 117-124; vol. 95 (2001), pp. 134-139; vol. 96 (2002), pp. 964-967; vol. 97 (2003), pp. 966-974; vol. 98 (2004), pp. 349-350. A continuación se citan algunos de ellos. En el caso de *Hegna*, en el que un nacional de Estados Unidos es asesinado por el grupo terrorista Hezbollah, tras secuestrar el avión en el que viajaba y obligarlo a aterrizar en Teherán; mediante Sentencia de 7 de febrero de 2002, el tribunal de distrito establece una compensación financiera de 375 millones de dólares para la familia de la víctima: resumen en «Contemporary Practice», *AJIL*, vol. 97 (2003), p. 969. En el caso *Alejandro v. Republic of Cuba and the Cuban Air Force*, Sentencia del Tribunal de Distrito de 17 de diciembre de 1997 (resumen y comentario de la Sentencia en «International Decisions», *AJIL*, vol. 92 [1998], pp. 768-773), un tribunal estadounidense condena a Cuba a pagar 50 millones de dólares por daños compensatorios y 137 millones de dólares por daños punitivos, por la destrucción de dos aviones civiles en aguas internacionales y el fallecimiento de toda su tripulación, un total de cuatro personas, tres de ellas nacionales estadounidenses; los hechos ocurrieron el 24 de febrero de 1996, meses antes de la promulgación de la AEDPA, lo que no impide su aplicación retroactiva en este asunto. Por su parte, en los casos *Acree v. Iraq*, mediante sentencia de 7 de julio de 2003, se condena a Irak a pagar un total de 653 millones de dólares como compensación y 306 millones como daños punitivos, por las torturas sufridas por un total de diecisiete prisioneros de guerra estadounidenses, durante el cautiverio a manos del Gobierno de Irak durante la Guerra del Golfo en 1991: «Contemporary Practice», *AJIL*, vol. 97 (2003), 972-973.

⁷³ Vide, sobre las dificultades con las que se ha encontrado la ejecución de las Sentencias dictadas en estos asuntos, MURPHY, S. D., *United States Practice in International Law. Volume 1: 1999-2001*, Cambridge, 2002, pp. 70-84; y del mismo autor, *United States Practice in International Law. Volume 2: 2002-2004*, Cambridge, 2006, pp. 59-77; sobre el cálculo de las indemnizaciones, tanto por los «compensatory damages», como por los «punitive damages», vide COOPER-HILL, J., *The Law of Sovereign Immunity and Terrorism*, United States of America, 2006, pp. 173-180.

⁷⁴ Se trata de la *Omnibus Consolidated and Emergency Supplemental Appropriations Act for 1999*. Vide para este párr. y el anterior, DELLAPENNA, J. W., *Suing Foreign...*, op. cit., pp. 775 y ss.

consulados (en el caso de que mantengan representación diplomática y consular en Estados Unidos). También a salvo los fondos congelados de Irán, Irak y Cuba; pero por regla general, el Gobierno estadounidense se ha opuesto a la ejecución de las sentencias condenatorias sobre tales fondos, alegando razones de «seguridad nacional»⁷⁵.

En última instancia, la práctica demuestra que los mecanismos más efectivos para que las víctimas de actos terroristas obtengan una reparación, son o bien la celebración de un acuerdo con el Estado en cuestión, como así lo demuestra el alcanzado con Libia en relación al asunto de Lockerbie⁷⁶, o bien, que sea la propia administración estadounidense la que haga frente a tales reparaciones. De hecho, el 21 de octubre de 1998, el Presidente Clinton suspendió con carácter general la ejecución de todas las sentencias condenatorias dictadas contra Estados extranjeros en virtud de la AEDPA sobre sus activos bloqueados en Estados Unidos. En la práctica las indemnizaciones están siendo satisfechas, en parte, por el propio tesoro norteamericano⁷⁷.

Con este fin, en 2000 se promulga una nueva modificación de la FSIA, la llamada *Victims of Trafficking and Violence Protection Act*; con esta normativa se crea un fondo de compensación y a las víctimas de actos de terrorismo se les ofrecen varias alternativas para hacer efectiva las indemnizaciones concedidas por los tribunales estadounidenses, pero sólo en los casos dictados hasta entonces a raíz de las demandas presentadas contra Cuba e Irán⁷⁸. Hasta la fecha, solamente en dos asuntos el Gobierno de

⁷⁵ Vide en relación a los asuntos *Flatow* y *Alejandro*, «Contemporary Practice», *AJIL*, vol. 94 (2000), pp. 118-123. Sobre la práctica a este respecto, ELSEA, J.K., *Suits...*, *op. cit.*, pp. 7-12. En concreto, los fondos de Irán en Estados Unidos permanecen bloqueados desde la crisis de los rehenes de 1979, de conformidad con la *International Emergency Economic Powers Act*, y los de Cuba desde principios de los sesenta en aplicación de la *Trading with the Enemy Act*; según los datos que ofrece el citado Informe, los fondos de Irán bloqueados en Estados Unidos sumarían un total de 23,2 millones de dólares; mientras que los de Cuba alcanzarían los 192 millones de dólares: *Ibíd.*, p. 50.

⁷⁶ Sobre este asunto, vide en la doctrina española, GUTIÉRREZ ESPADA, C., y BERMEJO GARCÍA, R., «Examen de conciencia, dolor de corazón y propósito de la enmienda [...] (¿una nueva Libia?)», *REDI*, vol. LV (2003), 779-794, pp. 786-791. Más en concreto, la indemnización acordada con los Gobiernos de Estados Unidos y de Reino Unido, en el caso del atentado de Lockerbie, en el que una bomba provocó la explosión del avión de pasajeros de la línea *Pan American* cuando sobrevolaba la localidad escocesa de Lockerbie, causando la muerte de la totalidad del pasaje y tripulación del avión, 259 personas, y la de 11 habitantes de dicha localidad, alcanza los 2.700 millones de dólares, unos 10 millones de dólares por cada víctima.

⁷⁷ «Contemporary Practice», *AJIL*, vol. 92 (1998), pp. 765 y ss.; MURPHY, S. D., *United States Practice in International Law. Volume 1: 1999-2001*, Cambridge, 2002, pp. 72-73.

⁷⁸ En resumen, por una parte, pueden obtener las indemnizaciones concedidas por sentencia judicial, las referidas a los «compensatory damages», del Departamento del Tesoro; en concreto o bien el 110 por 100 de las mismas más intereses si renuncian a continuar los procedimientos judiciales con relación a los «daños punitivos» o a cualquier otra indemnización; o bien el 100 por 100 de tales indemnizaciones más intereses, si «relinquishes all rights to execute against or attach property that is at issue in claims against the United States before an international tribunal, that is the subject of awards rendered by such tribunal, or that is subject to section 1610 (f) (1) (A) of title 28, United States Code». Por otra, pueden rechazar el pago de la indemnización por el Departamento del Tesoro, y continuar con los procedimientos judiciales. Además, se modifica la FSIA para dejar bien claro que «the President—in the interest of national security— may prevent attachment of, or execution against, property of foreign terrorist States located in the United States that is subject to U.S. blocking statutes»: MURPHY, S.D., *United States Practice in International Law. Volume 1: 1999-2001*, Cambridge, 2002, pp. 81-84, citas en pp. 82-83. Y «Contemporary Practice», *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 137-139. Los datos de las indemnizaciones que el Gobierno de Estados Unidos ha concedido en aplicación de la citada legislación, están recogidos en el Informe presentado al Congreso elaborado desde sus Servicios Jurídicos por ELSEA, J. K., *Suits Against Terrorist States By Victims of Terrorism*, de 7 de junio de 2005, que se puede consultar en la dirección de internet <http://>

Estados Unidos ha permitido la ejecución de una Sentencia condenatoria sobre los haberes bloqueados de Cuba (*Alejandro v. Cuba*, y *Martínez v. Republic of Cuba*). En el resto de asuntos referidos a Irán, ha sido el Gobierno de Estados Unidos el que ha satisfecho el 100 por 100 ó el 110 por 100 de los «compensatory damages»⁷⁹.

En otros asuntos más recientes se han aplicado los Convenios de 1961 y 1963, así como, más en particular, los Acuerdos de Argel de 1981 celebrados entre Estados Unidos e Irán, para denegar la ejecución de las sentencias condenatorias contra los fondos congelados de Irán en Estados Unidos⁸⁰. En particular, en el caso de las

www.au.af.mil/au/awc/awcgate/crs/rl31258.pdf., pp. 47-48, en las que se puede comprobar que, a excepción del asunto *Alejandro*, al que se hará referencia a continuación, en el resto de casos, referidos a demandas presentadas contra Irán, se ha optado por aceptar la aplicación de la fórmula del 100 por 100 ó el 110 por 100 de los «compensatory damages».

⁷⁹ Vide ELSEA, J. K., *Suits...*, *op. cit.*, pp. 47-48. Se trata de los casos *Flatow*, *Cicippio*, *Anderson*, *Eisenfeld*, *Higgins*, *Sutherland*, *Polhill*, *Jenco*, *Wagner*, *Stethem*, *Carlson*, *Elia*, *Mousa*, *Weinstein*, *Hegna* y *Kapar*. En concreto, en el caso *Alejandro* las tres familias se repartieron un total de 96.700.000 dólares, alrededor de la mitad de la cantidad obtenida en la sentencia judicial contra Cuba. El Gobierno cubano reaccionó imponiendo una nueva tasa del 10 por 100 sobre las llamadas telefónicas desde Estados Unidos a Cuba, con la consiguiente protesta del ejecutivo estadounidense. Como señala DELLAPENNA, «The end result of all this was that the compensation became possible only by imposing significant burdens and costs on those seeking to telephone to Cuba, including mostly persons who had come to the United States because of their opposition to the Cuban government»: DELLAPENNA, J. W., *Suing Foreign...*, *op. cit.*, pp. 783-785.

⁸⁰ A pesar de que, en una nueva vuelta de tuerca por parte del legislativo estadounidense, en noviembre de 2002 se promulga la *Terrorism Risk Insurance Act*, con la que se permite la ejecución de sentencias condenatorias contra Estados terroristas sobre los fondos congelados de estos Estados, respecto de los «compensatory damages» —no se cubren, por tanto, los «punitive damages»—; pero otra vez se prevé la «Presidential waiver», de conformidad con el «national security interest», aunque sólo con relación a los bienes sometidos al régimen jurídico previsto en los Convenios de 1961 y 1963, y además se prevén disposiciones específicas para el caso de Irán. Vide Sec. 201 de esta normativa que se puede consultar en COOPER-HILL, J., *The Law of Sovereign Immunity...*, *op. cit.*, pp. 203-225; MURPHY, S. D., *United States Practice... Volume 2: 2002-2004*, *op. cit.*, pp. 69-77, en las que se hace referencia, entre otros, al asunto *Weinstein v. Islamic Republic of Iran*, ya citado, en el que los demandantes intentaron ejecutar la Sentencia a través de diferentes activos financieros del Gobierno de Irán: «(1) Iran's Foreign Military Sales (FMS) fund (congelado en 1979, cuando Estados Unidos mantenía un importante programa de venta de armas a Irán); (2) four bank accounts operated by the U.S. government on behalf of Iran; and (3) certain bank accounts maintained by the Bank of New York for three Iranian banks». Mediante Sentencia de 22 de julio 2003, los tribunales estadounidenses denegaron la ejecución de la citada Sentencia sobre los tres tipos de activos financieros relacionados con el Gobierno de Irán, en aplicación de los Convenios de 1961 y 1963 al estar vinculados con la Embajada y consulados de Irán en Estados Unidos. Más recientemente, en el asunto *Raffi v. Islamic Republic of Iran*, resuelto mediante Sentencia del Tribunal de Distrito de 25 de octubre de 2005, se deniega la ejecución de las cuentas bloqueadas de la representación consular de Irán en Estados Unidos, en aplicación de la Convención de Viena de 1963 y en cumplimiento de los Acuerdos de Argelia: «Contemporary Practice», *AJIL*, vol. 100 (2006), p. 896. Con anterioridad, en el asunto *Flatow v. Islamic Republic of Iran and others*, Sentencia de 11 de marzo de 1998 (resumen y vicisitudes por las que atraviesan los intentos de ejecución de la Sentencia, en «Contemporary Practice», *AJIL*, vol. 93 [1999], pp. 181-186, y vol. 94 [2000], pp. 118-120), los demandantes trataron, sin éxito, de ejecutar la Sentencia, un total de 247 millones de dólares, contra los siguientes bienes de Irán: la antigua Embajada de Irán en Estados Unidos; la residencia del Ministro de Asuntos Culturales y del Agregado Militar de la Embajada de Irán en Estados Unidos. El Gobierno estadounidense se opuso, en aplicación de la Convención de 1961, y los tribunales refrendaron la inmunidad de ejecución respecto de estos bienes. Asimismo, los demandantes intentaron la ejecución, también sin éxito, contra las decisiones favorables a Irán dictadas por el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, creado de conformidad con los acuerdos de Argel de 1981; así como contra los fondos de Irán en Estados Unidos bloqueados por el Gobierno de Estados Unidos tras la crisis de los rehenes en 1979. En el asunto *Hegna v. Islamic Republic of Iran*, Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 8 de marzo de 2005, se deniega la ejecución de los 375

demandas presentadas contra Irak, el Presidente de Estados Unidos se ha opuesto a que las sentencias condenatorias se hagan efectivas contra los bienes del Estado árabe bloqueados desde 1990, al considerar que después de la invasión de Irak iniciada en marzo de 2003, tales fondos deben destinarse a la reconstrucción del país [sic]⁸¹.

A la vista de toda esta práctica, jurídicamente muy contradictoria⁸², no es de extrañar que desde las propias instituciones públicas se hayan vertido duras críticas. En el Informe presentado en 2003 ante el Senado por el «U.S. Department of State legal adviser», William H. Taft IV, se afirma que «the current litigation-based system of compensation is inequitable, unpredictable, occasionally costly to the U.S. taxpayer and damaging to the foreign policy and national security goals of this country»⁸³. En definitiva, al promulgar la AEDPA, la superpotencia ha creado un mecanismo unilateral y discriminatorio, dirigido a alcanzar un balance entre el respeto de las inmunidades del Estado extranjero, y los derechos de las víctimas de actos de terrorismo a obtener una reparación, que en absoluto ha sido aceptado por la «generalidad de los Estados».

B) EN EL ASUNTO FERRINI (ITALIA) SE ADMITE LA EXCEPCIÓN A LA IJ CON EFECTO EXTRATERRITORIAL

En lo que se refiere a la práctica de los tribunales de Italia, merece ser citada la Sentencia de la Corte Suprema de 6 de noviembre de 2003⁸⁴, en la que se mantiene

millones de dólares a los que fue condenado Irán, solicitada respecto de la antigua Residencia del Cónsul General de Irán en Nueva York y los fondos de Irán bloqueados por el Gobierno de Estados Unidos a raíz de la crisis de los rehenes; si bien la familia de la víctima ya había obtenido más de 8 millones de dólares del Gobierno estadounidense, de conformidad con la legislación citada.

⁸¹ Vide el asunto *Acree v. Republic of Iraq*, Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 4 de junio de 2004, en el que un grupo de diecisiete prisioneros de guerra estadounidenses fueron objeto de trato inhumano, degradante y torturas durante los meses que permanecieron en las cárceles iraquíes en 1991; intentaron ejecutar la Sentencia que les concedía un total de 653 millones de dólares por «compensatory damages», y un total de 306 millones por «punitive damages», sobre los 1.730 millones de dólares en bienes y activos de Irak bloqueados en Estados Unidos desde 1990.

⁸² Como ya se ha citado, en los debates celebrados en la Sexta Comisión a finales de 2004, el representante de Estados Unidos manifestó que en la aplicación del art. 12 se debía tener en cuenta la tradicional distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, respetando la IJ del Estado en el primer caso. Sin embargo, al mismo tiempo sostuvo que en este ámbito «..., la formulación adoptada por la Convención deja sin resolver cuestiones que pueden surgir de resultados de la evolución del DI público en los casos concretos en los que los actos impugnados infringen otras convenciones internacionales de amplia aceptación que obligan a los Estados a conceder posibilidades de recurso a las víctimas de comportamientos prohibidos, por ejemplo las Convenciones de las Naciones Unidas contra la tortura o contra la toma de rehenes»: A/C.6/59/SR.13, p. 11.

⁸³ Por lo que se han presentado propuestas de reforma legislativas, basadas en la administración de un fondo para las víctimas de actos de terrorismo por el Departamento de Estado –quien también deberá concretar cuándo se ha cometido un acto de terrorismo–, para que conceda indemnizaciones determinadas según los estándares del derecho interno en caso de fallecimiento de policías en acto de servicio o de combatientes (unos 250.000 dólares); una vez concedida la indemnización, el Departamento de Estado se subroga respecto de cualquier procedimiento judicial que pudiera iniciarse contra los presuntos terroristas; de momento estas propuestas de reforma legislativa no han sido asumidas: MURPHY, S. D., *United States Practice... Volume 2: 2002-2004*, op. cit., pp. 76-77.

⁸⁴ Se puede consultar en *Rivista*, vol. LXXXVII (2004), pp. 539 y ss. Los hechos son los siguientes: el 4 de agosto de 1944 el demandante, Luigi Ferrini, fue capturado por las tropas alemanas en la provincia de Arezzo, en Italia, y deportado a Alemania donde fue sometido a trabajos forzados hasta el 20 de abril de 1945. En septiembre de 1998 presenta una demanda civil ante la Corte de Arezzo, con la que solicita una indemnización contra Alemania por los daños físicos y psicológicos que había sufrido a raíz

que un Estado extranjero no disfruta de inmunidad soberana por actos que sean constitutivos de crímenes de guerra. La Corte Suprema parte del carácter relativo del principio de la IJ del Estado extranjero y desarrolla la siguiente argumentación: si la responsabilidad –penal– del individuo que comete crímenes internacionales, en vulneración de normas de *ius cogens* que atentan gravemente contra la dignidad humana, constituye una excepción a la regla que otorga protección «funcional» al individuo ante las jurisdicciones de tribunales de terceros Estados en el desempeño de sus funciones oficiales; esta excepción se debe extender también a la regla que otorga protección al Estado en el ejercicio de sus funciones soberanas, esto es, como una excepción a la regla de la IJ del Estado⁸⁵. Según el tribunal italiano, el DI contemporáneo se preocupa de la protección de intereses considerados como esenciales por la comunidad internacional; desde esta perspectiva, después de citar la jurisprudencia del Tribunal Penal para la exYugoslavia en el asunto *Furundzija*, considera que se debe negar la IJ del Estado cuando está en juego la tutela de los mencionados intereses⁸⁶.

Además, aunque la Corte es consciente de que en la jurisprudencia más reciente se ha reconocido la IJ ante reclamaciones civiles presentadas ante el Estado del foro, por hechos cometidos en el territorio de Estados extranjeros, en este caso la acción criminal protagonizada por Alemania se había iniciado en el territorio italiano. Si bien, para la Corte, «..., non si dubita che il principio della universalità della giurisdizione valga anche per i processi civili che traggono origine da tali reati»⁸⁷.

En cuanto a la valoración de esta Sentencia, por una parte constituye un claro ejemplo de activismo judicial, dirigido a un fin encomiable, como es la protección de los DH del particular y la efectiva reparación de sus violaciones. Además, a nivel teórico cabe destacar el esfuerzo de interpretación sistemática y teleológica de algunos sectores normativos del DI que se lleva a cabo en esta decisión judicial⁸⁸. Pero se debe reconocer que el resultado que se logra dirigido a negar la IJ de Alemania se obtiene a costa de una argumentación jurídica bastante endeble, que no se sustenta en un estudio riguroso de la práctica internacional para determinar el DI en vigor⁸⁹.

de los mencionados hechos. La Corte de Primera Instancia decide que Alemania disfruta de IJ, al considerar que aunque los actos cometidos fueran constitutivos de crímenes de guerra, eran actos realizados en el ejercicio de poderes soberanos. A la misma conclusión llega la Corte de Apelación de Florencia, al ratificar la Sentencia de Primera Instancia.

⁸⁵ *Ibidem*, párr. 11 de la Sentencia citada.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 9.1 de la Sentencia citada.

⁸⁷ Párr. 9 de la Sentencia citada. Vide también párr. 12, en el que se afirma lo siguiente: «Si è posto in evidenza che i fatti sui quali si fonda la domanda si sono verificati anche in Italia. Ma è appena il caso di rilevare che, essendo essi qualificabili come crimini internazionali, la giurisdizione andrebbe comunque individuata secondo i principi della giurisdizione universale».

⁸⁸ DE SENA, P., y DE VITTOR, F., «State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case», *EJIL*, vol. 16 (2005), 89-112, p. 111.

⁸⁹ En opinión de FOCARELLI, «*De lege lata*, the *Ferrini* decision simply does not reflect existing international customary law»: FOCARELLI, C., «Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: the *Ferrini* Decision», *ICLQ*, vol. 54 (2005), 951-958, p. 956. Como señala Fox, «The decision, which abandons the distinction between an individual's criminal liability and the State's international responsibility, does so more by reference to moral values than legal concepts, advancing common obligations on both the individual and the State, where grave violations of human rights are concerned, to redress such violations. The reasoning lacks legal precision and decisions relating to criminal liability of the individual are cited to support a right of civil reparation in municipal law against a

C) LA PRÁCTICA DEL RESTO DE ESTADOS NO CONFIRMA UNA EXCEPCIÓN DE ALCANCE EXTRATERRITORIAL

En efecto, en asuntos en los que se plantean hechos muy similares, las decisiones de los tribunales de otros Estados no han secundado el ejemplo que puede suponer el caso *Ferrini*. En el caso de Francia, sus tribunales han reconocido la IJ de Alemania ante demandas presentadas por particulares por la comisión de crímenes de guerra durante la Segunda contienda mundial, sin perjuicio de que la víctima pueda acudir a los tribunales alemanes, y, más en particular, de que se beneficie del fondo para la indemnización por daños de guerra establecido por Ley de 6 de julio de 2000⁹⁰. Por su parte, los tribunales de Canadá también han reconocido la IJ ante las demandas presentadas por violaciones de los DH cometidas en terceros Estados. En concreto en los casos *Bouzari v. Iran*⁹¹ y *Arar v. Jordan*⁹².

foreign State. The decision equates without explanation individual deportation and forced labour with mass deportation of a civilian population and treats such conduct as constituting as grave a violation of human rights as the physical or mental injury which comprises the international crime of torture. It treats German legislation enabling remedies for reparation against German private industrial concerns as evidence of the acceptance of responsibility on the part of the German State itself and applies international law as it has evolved in 2004 to events some 60 years earlier, and long before States had expressly committed themselves to obligations in human rights treaties»: Fox, H., «State Immunity and the International Crime of Torture», *European Human Rights Law Review*, núm. 2 (2006), 142-157, p. 156.

⁹⁰ *X c. État allemand*, Sentencia de la Corte de Apelación de París, de 9 de septiembre de 2002, citada en *AFDI*, vol. XLIX (2003), p. 724; asunto en el que se exige una indemnización a Alemania por la detención, deportación y sometimiento a trabajos forzados en Alemania de un nacional francés durante la ocupación alemana de Francia. La misma doctrina se aplica en el asunto *Giménez Expósito c/ République Fédérale d'Allemagne et Sté BMW Ag Munich*, Sentencia de la Corte de Casación de 2 de junio de 2004, en el que se reconoce la IJ de Alemania ante la demanda presentada por un nacional francés que fue deportado a Alemania y sometido a trabajos forzados durante la Segunda Guerra Mundial; para la Corte de Casación, los hechos en cuestión se sitúan en un contexto «d'économie de guerre ne pouvait s'inscrire dans le cadre d'une relation de droit privé» y por tanto constituyen «l'exercice de la puissance publique» respecto del que se debe garantizar la IJ de Alemania ante los tribunales franceses: citado en «Jurisprudence Française», *AFDI*, vol. LI (2005), p. 796.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Ontario de 1 de mayo de 2002. En este asunto se presenta una demanda ante los tribunales de Canadá contra Irán, por los daños sufridos a consecuencia de las torturas infligidas a una familia de iraníes entre 1993 y 1994. El tribunal no acepta ninguna de las tres excepciones a la IJ que plantea el demandante; «the commercial activity exception..., the tort exception...», así como la aplicación de la Convención contra la Tortura de 1984. Más en concreto, en el segundo caso el Tribunal se limita a comprobar que los hechos constitutivos de tortura no se cometieron en Canadá. Y con relación al art. 14 de la Convención de 1984, mantiene que «the Convention creates no obligation on Canada to provide access to the courts so that a litigant can pursue an action for damages against a foreign State for torture committed outside Canada. Rather, Article 14 requires States like Canada, who are signatories, to provide a remedy for torture committed within their jurisdiction»: p. 54; también rechaza la denominada excepción por violación de normas de *ius cogens* (párrs. 57 y ss.); y concluye del siguiente modo (p. 73): «therefore, the decisions of State courts, international tribunals, and State legislation do not support the conclusion that there is a general State practice which provides an exception from State immunity for acts of torture committed outside the forum state. As a result, there is no conflict between the Canadian State Immunity Act as written, with its limited exceptions, and customary international law. Indeed, the Canadian Act, in its present form, is consistent with current norms of customary international law. While international law may someday evolve to include a further exception for acts of torture, it does not do so now»; Decisión confirmada mediante la Sentencia de 30 de junio de 2004 de la Corte de Apelación de Ontario en este asunto, objeto de comentario en «Canadian Cases», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XLII (2004), 607-613.

⁹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Ontario de 28 de febrero de 2005. En este asunto el demandante, nacional de Canadá, presenta una demanda contra Siria y Jordania, por las torturas y

En lo que se refiere a los tribunales del Reino Unido, en el asunto *Jones v. Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Sudiya*, la Corte de Apelación mantiene la IJ civil de Arabia Saudita, aunque no la de los funcionarios responsables de las violaciones de los DH cometidas en el territorio del Estado árabe⁹³. La misma posición jurídica se sigue respecto de la primera cuestión en la Decisión de la Cámara de los Lores en este mismo asunto, en el sentido de reconocer la IJ civil de Arabia Saudita; pero se acepta además la IJ civil de los funcionarios saudíes responsables de actos de tortura contra nacionales del Reino Unido cometidos en Arabia Saudita, ante los tribunales del Reino Unido⁹⁴. Tesis esta última que ha sido asumida, sin ningún reparo, por los tribunales de Nueva Zelanda en un asunto muy similar⁹⁵.

IV. VALORACIÓN Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

1) A buen seguro, toda valoración que se pretenda llevar a cabo de esta práctica, necesariamente se debe apoyar en la concepción que se tenga del propio ordenamiento internacional. Si se repasa la jurisprudencia del TEDH que se ha citado, se puede comprobar que el tribunal de Estrasburgo defiende y aplica una concepción consensualista del ordenamiento internacional, según la cual el proceso de formación de normas en DI se basa en el consentimiento de los Estados, cristalizado en forma de acuerdo general o *consensus generalis*⁹⁶. Desde esta perspectiva, se expli-

malos tratos sufridos por parte de las autoridades jordanas y su traslado forzoso a Siria, así como por las torturas sufridas durante los diez meses y diez días que permaneció en Siria; el tribunal reconoce que el demandante ha sufrido torturas, pero se limita a aplicar la jurisprudencia del caso *Bouzari*, y reconoce que «the proposal that the SIA be attended to exclude immunity for torture has been the subject of considerable commentary. Nevertheless, the Parliament of Canada has not yet attended the Act to exclude immunity for torture. Such an amendment remains the sole responsibility of Parliament»: pág. 28.

⁹³ Sentencia de la Corte de Apelación de Inglaterra de 28 de octubre de 2004. Comentario y valoración de esta Sentencia en «Decisions of British Courts», *BYIL*, vol. LXXV (2004), 489-504, y pp. 503-504, en las que se critica la construcción que se hace en esta Sentencia, dirigida a negar la IJ civil por los actos cometidos por oficiales del Estado árabe: «the necessary implication from paragraph 61 of the ICJ's judgment in the *Arrest Warrant* case is that individual State officials, serving and former, are entitled to State immunity; and the United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property, adopted on 2 December 2004 and generally recognised as consonant with custom to this extent, defines "State", for the purposes of State immunity, to include "representatives of the State acting in that capacity". In short, if the Grand Chamber of the ECtHR in *Al-Adsani* held as it did as regards a government's immunity from a civil claim for torture, the same conclusion cannot be avoided today as regards an individual government official's immunity from a legally identical claim».

⁹⁴ *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, Sentencia de la Cámara de los Lores de 14 de junio de 2006; comentario en «International Decisions», *AJIL*, vol. 100 (2006), 901-906.

⁹⁵ La misma doctrina se aplica, después de analizar la citada Sentencia en el caso *Jones*, en el asunto *Sam Fang and Others v. Zemin Jiang and others*, Sentencia de la *High Court* de Nueva Zelanda, de 21 de diciembre de 2006, en el que una decena de nacionales chinos que han sufrido torturas a manos de las autoridades chinas en China, por su pertenencia al grupo Falun Gong, presentan una demanda civil contra tres altos cargos del Gobierno chino ante los tribunales de Nueva Zelanda: se puede consultar en CAHDI (2007) Inf. 4, en la dirección de internet, www.coe.int/cahdi.

⁹⁶ Vide a este respecto, FERRER LORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en Derecho internacional*, Barcelona, 2006, pp. 226 y ss.

ca la insistencia del TEDH en que las limitaciones al Derecho a la justicia reconocido por el artículo 6.1 son legítimas y proporcionadas si están dirigidas a respetar las normas del DI en vigor, *generalmente aceptadas por los Estados*, relativas a la IJ del Estado.

Si se comparte esta concepción del ordenamiento internacional y siempre a la vista de la práctica estudiada, se debe llegar a la conclusión de que en el DI en vigor no existe una excepción a la IJ del Estado ante los tribunales del foro, en el supuesto del ejercicio de la jurisdicción civil universal respecto de violaciones graves de los DH que no se hayan cometido en el territorio del Estado del foro. El silencio que mantiene la Convención de 2004 a este respecto, no deja de ser un síntoma muy claro de que los 192 Estados miembros de NU que, por consenso, han protagonizado este proceso codificador, no han estado dispuestos a reconocer la vigencia de una excepción con el señalado alcance⁹⁷. Como se ha comprobado, la práctica diplomática, legislativa y judicial de Estados Unidos, además de jurídicamente contradictoria, se debe calificar de unilateral y discriminatoria, y no encuentra ningún respaldo en la práctica de otros Estados; en particular por parte de la UE y sus Estados miembros, que por lo general defienden y aplican un mayor compromiso con el respeto de los DH en todo el mundo, al menos en comparación con la reciente política exterior de la administración estadounidense en este ámbito (Afganistán, Irak, Guantánamo, «vuelos de la CIA»...).

En esta dirección, se debe distinguir entre la responsabilidad penal del individuo y la responsabilidad del Estado hecha efectiva ante las jurisdicciones internas de terceros Estados. Si se reconoce la IJ del Estado en este segundo caso, entre otras vías, la víctima podrá pedir al Estado de su nacionalidad que ejerza la protección diplomática, y también podrá recurrir a los mecanismos internacionales de protección de los DH. Mientras que en el ámbito de la responsabilidad penal del individuo, no cabrá alegar la inmunidad *rationae materiae* ante las jurisdicciones internas, ni la *rationae personae* ante las jurisdicciones internacionales; por tanto, en lo que se refiere a la responsabilidad jurídica de las personas físicas, el DI mantiene una clara tendencia a que se haga efectiva en el ámbito penal. Pero en el plano de las relaciones interestatales, se han desarrollado algunos mecanismos de solución de controversias dirigidos a solucionar las que se plantean en el ámbito de la protección internacional de los DH; por lo que no resultan trasladables al ámbito de la jurisdicción civil universal, las soluciones que presenta en su evolución más reciente el DI penal, a los efectos de negar la IJ del Estado. Al menos ésta es la posición

⁹⁷ Como señaló expresamente Lord Bingham of Cornhill en su opinión en el asunto *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, Sentencia de la Cámara de los Lores de 14 de junio de 2006, pár. 26: «..., Despite its embryonic status, this Convention is the most authoritative statement available on the current international understanding of the limits of State immunity in civil cases, and the absence of a torture or *jus cogens* exception is wholly inimical to the claimants' contention; también se pronuncia en esta misma dirección Lord Hoffmann (pár. 47). La misma tesis se aplica en el asunto *Sam Fang and others v. Zemin Jiang and others*, Sentencia de la *High Court* de Nueva Zelanda, de 21 de diciembre de 2006, ya citado, pár. 65, en el que se puede leer lo siguiente: «the absence of a torture or *jus cogens* exception to State immunity in the United Nations Immunities Convention 2004 speaks powerfully against the plaintiffs' argument. This Convention is a very recent expression of the consensus of nations on this topic».

que mantiene la generalidad de los Estados, de conformidad con la práctica que hasta la fecha han protagonizado, incluida la negociación y adopción de la Convención de 2004.

En cuanto al recurso a la noción de *ius cogens* como fundamento jurídico que permite una excepción a la IJ del Estado, sin duda la norma que prohíbe las violaciones graves de los DH, como es el caso de la tortura, es una norma de *ius cogens* de conformidad con el artículo 53 del Convenio de Viena de 1969. Pero el hecho de que sea una norma de *ius cogens* de entrada no dice nada sobre si las víctimas tienen derecho a presentar una demanda ante los tribunales del foro contra el Estado extranjero responsable de actos de tortura cometidos en el territorio de este último, como excepción a la regla tradicional de la IJ. En este sector de normas del ordenamiento internacional, como en cualquier otro, de poco sirven las teorías construidas a partir de deducciones lógicas, si la práctica internacional no confirma su alcance y contenido⁹⁸. Por tanto, entre las consecuencias de la violación de una norma de *ius cogens*, en el terreno de las normas secundarias y terciarias del ordenamiento, habría que comprobar la existencia de un derecho del alcance señalado a favor de las víctimas de actos de tortura y otras violaciones graves de normas imperativas. A este respecto, conviene recordar que en el Proyecto de 2001 sobre la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos se omite toda referencia a los llamados «daños punitivos» que había pretendido incluir el Ponente Crawford, sin ningún éxito, a causa del rechazo que su propuesta provocó entre una mayoría de Estados. Como se ha estudiado en otro trabajo, el resultado que finalmente ofrece el Proyecto de 2001, caracterizado por la indeterminación jurídica de las consecuencias que se derivan de la violación grave de las normas imperativas del DI general, demuestra bien a las claras las reticencias que mantienen los Estados en el terreno de la consolidación y desarrollo de las estructuras institucional y comunitaria, en lo que se refiere a la puesta en práctica de la noción de *ius cogens*⁹⁹. Sin perjuicio de que para hacer efectiva esta noción, se pueda plantear el recurso a las contramedidas, con todos los problemas que presenta

⁹⁸ Cfr. a este respecto, CAPLAN, L. M., «State Immunity, Human Rights and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory», *AJIL*, vol. 97 (2003), 741-781, pp. 748 y ss., quien critica esta postura, si bien al mismo tiempo también se opone a que se considere la IJ del Estado como un principio fundamental del ordenamiento internacional de conformidad con la máxima *par in parem non habet imperium*. Por el contrario, para este autor la IJ del Estado extranjero se debe concebir como una excepción al principio de la jurisdicción de los tribunales del Estado del foro. Desde esta perspectiva, propone que se aplique la teoría del «beneficio colectivo» (*Collective Benefit*) para determinar los supuestos en los que se debe reconocer la IJ del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro ante demandas civiles relativas a violaciones graves de los DH; según esta teoría, «the basic test for distinguishing between immune and nonimmune transactions should not be whether the State conduct is public or private, as the theory of restrictive immunity requires, but whether such conduct would substantially harm the vital interests of the forum State» (p. 777 y desarrollo en pp. 777 y ss.). Según este autor, las enmiendas introducidas en 1996 a la FSIA en Estados Unidos son conformes con la teoría del «beneficio colectivo», ya que «it stands to protect one of the most vital interests of the democratic State, the wellbeing of its citizenry» (pp. 778-779); al igual que la decisión adoptada en el asunto *Prefecture of Voiotia* ante los tribunales griegos (pp. 779-780), ya que «a foreign State's unlawful killing of the forum State's civilians destroys bilateral relations between forum and foreign State and may even jeopardize the security and stability of the community of States».

⁹⁹ FERRER LLORET, J., «El Derecho de la RIE ante la celebración de una conferencia codificadora», *REDI*, vol. LVI (2004), 705-739, pp. 716-724.

su aplicación¹⁰⁰, o incluso a la solución de una instancia jurisdiccional internacional, como la CIJ¹⁰¹.

¹⁰⁰ El carácter discrecional en su aplicación por parte de las autoridades políticas de cada Estado, las consecuencias que presenta para su efectividad la gran desigualdad que existe entre los Estados [...] Se debe añadir su carácter instrumental en el sentido de que su objetivo es obligar al Estado infractor a poner fin y reparar la violación del DI de la que es responsable; su finalidad no es la de sancionar o castigar al Estado infractor. Más en particular, no parece que en el marco de un Estado de derecho se pueda hacer depender la jurisdicción de los tribunales internos de una decisión política adoptada discrecionalmente por el Gobierno del Estado, relativa a la existencia o no de IJ ante violaciones graves y masivas de los DH cometidas en terceros Estados [...] Más en concreto, en el debate en el seno del Comité contra la Tortura sobre el informe presentado por Canadá celebrado el 13 de mayo de 2005, el Presidente del Comité, Mariño Menéndez, manifestó que «as a countermeasure permitted under international public law, a State could remove immunity from another State –a permitted action to respond to torture carried out by that State. There was no peremptory norm of general international law that prevented States from withdrawing immunity from foreign States in such cases to claim for liability for torture»: CAT/C/SR.646/Add.1, p. 67; pero el representante de Canadá contestó del siguiente modo: «the Canadian law on State immunity did indeed provide an exception in the case of business deals; it was well established in customary law and accepted by the majority of countries. An exception for acts of torture committed abroad had not yet been established [...] article 14 requires a States party to provide a private right of action for damages only for acts of torture committed in territory under the jurisdiction of that State party» (Ibídem, p. 73). Si bien, en las Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura respecto de Canadá, se expresa la preocupación por «la falta de medidas eficaces para ofrecer reparación civil a las víctimas de la tortura en todos los casos», y se recomienda que «el Estado parte examine su posición en el marco del artículo 14 de la Convención para garantizar la concesión de indemnización mediante sus tribunales civiles a todas las víctimas de la tortura»: CAT/C/CR/34/CAN, párs. 4 y 5.

¹⁰¹ Muy recientemente, se han puesto de manifiesto las dificultades con las que se enfrenta la jurisdicción internacional para hacer efectiva la noción de *ius cogens*; en concreto en un asunto en el que estaba en juego la responsabilidad internacional de Serbia por los actos de genocidio cometidos en Bosnia-Herzegovina en la primera mitad de los noventa: vide *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ Reports 2007. En este asunto la Corte llega a la conclusión de que los actos de genocidio cometidos en Srebrenica en julio de 1995, consistentes en el asesinato de unos 7.000 bosnio-musulmanes por las fuerzas serbio-bosnias, no son atribuibles a Serbia, ya que no fueron realizados por órganos de este Estado (art. 4 del Proyecto de 2001), ni por personas o grupos de personas que actuaban «de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento (art. 8 del Proyecto de 2001). Asimismo, mediante un razonamiento bastante endeble, la Corte mantiene que Serbia tampoco es responsable internacionalmente por haber prestado ayuda o asistencia a las tropas serbio-bosnias para la comisión de los actos de genocidio en Srebrenica (art. 16 del Proyecto de 2001), al no haberse probado la existencia de un *dolus specialis*, en el sentido de que las autoridades serbias eran conocedoras de que la ayuda económica y logística proporcionada a los serbio-bosnios iba a ser utilizada para cometer actos de genocidio en Srebrenica; en este sentido, la Corte, en una valoración desmesurada de la carga de la prueba, aplica conceptos y nociones propios de un proceso penal desarrollado ante un tribunal penal internacional a una controversia relativa a la RIE. A continuación la Corte sostiene el incumplimiento por parte de Serbia de sus obligaciones de prevención y represión de los actos de genocidio cometidos en Srebrenica, ya que las autoridades de Serbia, «did nothing to prevent the Srebrenica massacres, claiming that they were powerless to do so, which hardly tallies with their known influence over the VRS [...], for a State to be held responsible for breaching its obligation of prevention, it does not need to be proven that the State concerned definitely had the power to prevent the genocide; it is sufficient that it had the means to do so and that it manifestly refrained from using them» (p. 438), y tampoco han cooperado con el Tribunal penal para la exYugoslavia en la detención y traslado a La Haya de los individuos responsables, en concreto del líder serbio-bosnio Mladic, quien según todas las informaciones se encuentra residiendo en Serbia desde hace varios años. Pero por lo que se refiere al contenido de la reparación debida por Serbia por la violación de las obligaciones de prevención y represión de los actos de genocidio, la Corte considera que es suficiente con la declaración de dicho incumplimiento que aporta la propia Sentencia como una forma de satisfacción, sin que Serbia esté obligada al pago de ningún tipo de indemnización, ni a otorgar garantías de no repetición (párs. 462 y ss.).

Estas mismas reticencias se han manifestado a lo largo del proceso codificador de las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes, en el que por lo general los Estados se han preocupado sobre todo de conseguir mayor seguridad jurídica en el terreno de las transacciones comerciales, y han dejado de lado toda propuesta dirigida a regular una excepción a la IJ en el caso de violación grave de las normas imperativas de DI general sobre DH, *si tales violaciones no se han cometido en el territorio del Estado del foro, o incluso en este último caso, si se trata de violaciones de los DH cometidas en el contexto de un conflicto armado.*

Con carácter más general, la aplicación de una excepción a la IJ de alcance extraterritorial *necesitaría que todos los ordenamientos internos cumplan los principios de democracia, Estado de derecho y respeto de los DH*, según se entienden tales nociones en el ámbito de la UE. De lo contrario podríamos asistir a una situación de anarquía judicial extraterritorial, en la que una pluralidad de Estados se dedicaría a perseguir judicialmente a través de sus tribunales internos las violaciones de los DH cometidas en terceros Estados, según se determine la existencia de tales violaciones en su propio ordenamiento interno y según decidan sus jueces y tribunales, más o menos influidos por sus respectivos gobiernos en el caso de que no se cumplan los mencionados principios, lo que podría dar lugar a situaciones muy arbitrarias. Es sabido que en el ámbito universal, la vigencia de la mencionada tripleta, reconocida como principio estructural que rige en el proceso de integración europea (art. 6.1 del TUE), no ha sido aceptada y, sobre todo, aplicada efectivamente, en buen número de Estados. Incluso Estados del hemisferio norte protagonizan posturas muy contradictorias sobre el cumplimiento del principio del respeto de los DH, como es el caso de Estados Unidos. En definitiva, la práctica legislativa y de los tribunales internos de la gran mayoría de los Estados no confirma la vigencia en el DI en vigor de una excepción de alcance extraterritorial a la IJ ante violaciones graves de los DH¹⁰².

2) No obstante, si se desciende al ámbito regional, en el terreno de la *lege ferenda*, se podría plantear que los Estados miembros del Consejo de Europa, con los Estados miembros de la UE en el pelotón de cabeza, dieran ejemplo y demostraran una posición más progresista y comprometida con el respeto de los DH, al aceptar, convencionalmente, la regulación de una excepción a la IJ del Estado extranjero en el caso de violaciones graves de los DH, a modo de Protocolo al Convenio Europeo de DH. Ahora bien, de conformidad con el principio del efecto relativo de los tratados internacionales, esta regulación jurídica sólo vincularía a los Estados miembros del Consejo de Europa que lo ratificaran. Con ello se abriría otra vía para que las víctimas de las violaciones graves de los DH obtuvieran una indemnización ante los tribunales internos; que por supuesto se debería coordinar con la competencia que posee el TEDH para conocer de demandas presentadas por individuos; sobre todo, con relación al cumplimiento del requisito del agotamiento previo de los recursos internos, y *la propia determinación de la existencia de tales violaciones, que correspondería al TEDH.*

¹⁰² Desde luego, no se confirma la vigencia de esta excepción, por ejemplo, respecto de las violaciones de los DH cometidas responsabilidad de las autoridades chinas en el Tíbet y en general en toda China; con relación a las protagonizadas por Marruecos tanto en su propio territorio como en el Sahara Occidental....

En los tiempos actuales, en los que siguen produciéndose violaciones graves de los DH en algunos Estados europeos (Rusia –Chechenia...–, Turquía...), la regulación convencional propuesta podría asumir su importancia en la práctica forense; sobre todo, si se configura como un mecanismo complementario y subsidiario en el caso de que la ejecución de las Sentencias dictadas por el TEDH no haya sido posible a través del ordenamiento y los tribunales internos del Estado demandado: los demandantes podrían solicitar el cumplimiento de la Sentencia ante cualquiera de los Estados partes en esta normativa convencional, respecto de los bienes del Estado demandado ante el TEDH existentes en el territorio de tales Estados, y siempre que estos últimos estuvieran destinados a actividades de *iure gestionis*. Aunque a nadie se le escapa que con toda probabilidad va a ser muy difícil que una mayoría de los 47 Estados que forman parte del Consejo de Europa decidan ratificar un futuro protocolo sobre esta materia: no sólo los Estados citados, como Rusia o Turquía, sino también otros como Reino Unido [...], seguramente se mostrarán muy cautelosos, sino contrarios, ante una propuesta de regulación convencional con este alcance¹⁰³.

3) Más en particular, en lo que se refiere a la regulación en la legislación española de una excepción a la IJ relativa a la violación grave de los DH cometida en el territorio de terceros Estados, a buen seguro, a la vista de la práctica estudiada, daría lugar a una fuente de controversias jurídicas con terceros Estados. Desde luego, si se regulara la jurisdicción civil universal de los tribunales españoles y se aceptara la mencionada excepción a la IJ, España se podría convertir en el foro judicial al que acudirían las víctimas de las violaciones graves de los DH habidas en los cerca de doscientos Estados de todo el mundo, que no han recibido la correspondiente protec-

¹⁰³ En febrero de 2007 ha tenido lugar un debate en el seno de la Cámara de los Lores en el que se ha discutido la propuesta presentada por el Secretario General del Consejo de Europa para que se adopte un convenio que regule la cuestión de la IJ del Estado ante violaciones graves de los DH; el representante del Gobierno del Reino Unido ha mantenido que este tema debía ser discutido en NU y que recientemente ya se había aprobado la Convención de 2004, después de un largo período de negociación, por tanto «we see no advantage in reopening this question in a Council of Europe forum»; y añade además, que «I believe that support for the Secretary-general's report is very slim among member States, so the UK is not alone in its attitude towards these issues and in its feeling they are best discussed and agreed in the United Nations, which now has a responsibility to Project»; por último, por lo que se refiere al apoyo que pueda recibir la mencionada propuesta por parte de los miembros de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, advierte lo siguiente: «I fully acknowledge that the views of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe are solid on this matter. However, it is the member States of the Council of Europe that have decision-making powers»: debate que se puede consultar en la dirección de internet: <http://www.theyworkforyou.com/lords/?id=2007-02-20a.999.4>. El Informe del Secretario General a los que se hace referencia es de 14 de junio de 2006, elaborado de conformidad con el art. 52 del Convenio de Roma (SG/Inf [2006]13), con relación a los llamados «vuelos de la CIA»; ante las respuestas que recibe de los Estados miembros en las que se sostiene la IJ del Estado extranjero y en concreto respecto de las aeronaves de Estado así como de los funcionarios estatales que viajan en misión oficial, en su pár. 64 se puede leer lo siguiente: «the further replies received confirm my finding that the relationship between State immunity and human rights should be reconsidered. The existing rules on immunity can create obstacles for effective law enforcement in relation to the activities of foreign agents, especially when they are accredited as members of diplomatic and consular missions». En su Informe anterior ya se había mostrado contundente a este respecto: SG/Inf (2006) 5, de 28 de febrero de 2006, pár. 101. En esta misma dirección se pronuncia el Informe elaborado por una Comisión Temporal del Parlamento Europeo dedicada a este tema, en cuyo pár. 219 se puede leer lo siguiente: «Pide a los Estados europeos que establezcan normas claras que regulen el supuesto de que se levante la inmunidad estatal cuando se lleven a cabo acciones ilegales que vulneren los DH»: A6-0020/2007, de 30 de enero de 2007, p. 34; solicitud que se asume en la Resolución que el Parlamento Europeo adopta el 8 de febrero de 2007: P6_TA-PROV (2007)0032, pár. 221.

ción judicial ante los tribunales del Estado en cuyo territorio se han cometido. No parece que ésta sea una solución realista y viable¹⁰⁴.

Se podría plantear, como alternativa algo más conservadora, la jurisdicción civil universal de los tribunales españoles respecto de las violaciones graves de los DH sufridas por *nacionales españoles* y la correspondiente excepción a la IJ del Estado extranjero. Con este requisito, la nacionalidad española de las víctimas, se acotaría en gran medida el alcance de la competencia de los tribunales españoles y se limitaría la posible aplicación de esta excepción a la IJ. Desde luego, a la recíproca, España, como Estado democrático y comprometido con el respeto del Estado de derecho, no debería tener ningún temor a las hipotéticas demandas en el orden civil que se pudieran plantear ante los tribunales del Estado del foro por las violaciones graves de los DH atribuibles a España y cometidas en el territorio de España o en el territorio de terceros Estados; siempre que estas vulneraciones de los DH no hubieran recibido una protección judicial efectiva por parte de los tribunales españoles.

Pero se debe reconocer que se trata de una solución que plantea evidentes problemas desde la perspectiva del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, que con carácter general rige en el campo de la protección internacional de los DH fundamentales. Además de otras dificultades, como la determinación de si los hechos en cuestión son «atribuibles» o no al Estado extranjero; la verificación del cumplimiento del agotamiento previo de los recursos internos de que disponga el Estado extranjero, o su relación y compatibilidad con el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los tribunales españoles, en particular cuando se trate de la jurisdicción penal universal. Por consiguiente, en vez de asumir los riesgos que supone una postura unilateral a través de la legislación interna española, los desarrollos progresivos del DI en este tema se deben propugnar desde la estructura institucional; al menos de entrada y a corto y medio plazo en el ámbito regional europeo, por la vía de un protocolo a la Convención Europea de los DH de 1950.

4) Mientras que en el ámbito universal resulta muy poco realista confiar en que una mayoría de Estados acepte convencionalmente –por ejemplo, como protocolo a la Convención de 2004– una excepción a la IJ del alcance propuesto. Más bien se presenta como una hipótesis de laboratorio¹⁰⁵. Es más, como cuestión previa a la aplica-

¹⁰⁴ *Mutatis mutandis*, críticas similares se pueden formular respecto de la jurisdicción penal universal, actualmente regulada en el art. 23.4 de la LOPJ; si bien en este ámbito los tribunales españoles han respetado las normas del DI que garantizan la IJ, *rationae personae*, de los Jefes de Estado en activo, así como de otros altos cargos de los Estados extranjeros en activo. Algún sector de la doctrina española ha propuesto, con el fin de limitar el en principio casi ilimitado ámbito de aplicación de la jurisdicción penal universal de conformidad con el art. 23.4 de la LOPJ, que en la legislación española se exija el requisito de la presencia del inculpado en el territorio de España; de modo que los tribunales españoles apliquen la jurisdicción penal universal territorial: vide a este respecto, FERRER LLORET, J., «El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España», *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V (2004), 107-170, pp. 158-167.

¹⁰⁵ Pero cfr. ESPÓSITO MASSICCI, C., *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Madrid, 2007, pp. 262-263, en las que concluye su monografía con la constatación de la «necesidad de crear un mecanismo internacional de reclamaciones individuales, una *Corte Internacional de derechos humanos*. Esta Corte tendría las competencias clásicas de un tribunal de derechos humanos y también competencias civiles en materia de reparación», ante la que, por supuesto, ningún Estado podría alegar su IJ; asimismo, plantea como alternativa, «algo menos ambiciosa, pero no menos difícil de lograr», la negociación de un protocolo sobre DH a la Convención de 2004: *Ibidem*, pp. 263-264.

ción de una excepción a la IJ como la planteada, se debe advertir que los Estados no regulan en sus ordenamientos internos la jurisdicción civil universal en supuestos de responsabilidad extracontractual; por el contrario, como ocurre en el caso de España, la jurisdicción de nuestros tribunales en supuestos de responsabilidad extracontractual, como regla general se limita a los daños cometidos en territorio español¹⁰⁶.

Por lo que de momento la tensión o contradicción jurídica que se puede presentar ante los tribunales internos, en los supuestos en los que se pretenda la aplicación extraterritorial de las normas sobre DH, entre las normas del *ius cogens* sobre DH y el principio de la IJ del Estado extranjero, se resuelve en el DI contemporáneo a favor del Estado y en detrimento de la protección de los DH del particular y la efectiva reparación de sus violaciones¹⁰⁷. Quien tendrá necesariamente que acudir a otras vías que ya se han apuntado (mecanismos convencionales y extraconvencionales de protección de los DH de ámbito universal y regional; la protección diplomática; la responsabilidad penal del individuo...), para tratar de hacer efectivos sus derechos; por limitadas o insatisfactorias que puedan resultar, como se demuestra en bastantes casos en la práctica internacional. Lo que en última instancia demuestra que, al igual que ocurre en otros sectores de normas, en el ámbito de las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes, la estructura relacional o interestatal del ordenamiento internacional también se manifiesta con todo su protagonismo.

¹⁰⁶ Así se establece en el art 22.2 y 3, octavo inciso, de la LOPJ, según los cuales los tribunales españoles serán jurisdiccionalmente competentes en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España. En coherencia por otra parte con lo dispuesto en los artículos 2.1 y 5.3 del Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como Reglamento Bruselas I (DO L 12, de 16 de enero de 2001), en los que se prevé la regla general según la cual las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, para a continuación regular el supuesto en el cual las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser asimismo demandadas ante otro Estado miembro, en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso. En esta misma dirección, en el proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma» II), en su art. 1 se prevé el siguiente ámbito de aplicación: «El presente reglamento se aplicará a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes. No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas o a la responsabilidad del Estado con respecto a acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (“*acta iure imperii*”): vide la Posición Común (CE) nº 22/2006 aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de este Reglamento, en DO C 289E/68, de 28.11.2006.

¹⁰⁷ Este tema viene siendo objeto de debate, entre otros foros, en el seno de Naciones Unidas, como así lo demuestra la adopción por la AG, por consenso, de la Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005, titulada «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de DH y de violaciones graves del DI humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones». No obstante, en esta Resolución no se hace ninguna referencia a la cuestión de la IJ del Estado y de sus bienes ante los tribunales del Estado del foro; su artículo 12 regula el derecho a un recurso judicial efectivo a través de una remisión general al DI.

ABSTRACT**«THE JURISDICTIONAL IMMUNITY OF STATES IN CASES OF SERIOUS VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS»**

Article 12 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property regulates an exception to the jurisdictional immunity that includes the «personal injuries and damage to property» committed by a foreign State in the territory of the State of the forum, in accordance with the territoriality principle, without making its application conditional on the distinction between *iure gestionis* and *iure imperii* acts, in spite of the fact that in this second case the practice does not always confirm the acknowledgement of the mentioned jurisdictional immunity. Furthermore, article 12 is not applicable to armed conflict situations, since for those, the State practice still preserves the jurisdictional immunity. On the other hand, the practice review does not support the existence of an exception to the jurisdictional immunity in cases to which universal civil jurisdiction applies to serious human rights violations attributed to the foreign State. In the universal field, it seems highly improbable that a majority of States will accept an exception to a jurisdictional immunity of such characteristics, without disregarding the conventional development in the European regional field that might be adopted in the framework of the human rights protection system constituted under the 1950 Rome Convention.

RÉSUMÉ**«L'IMMUNITÉ DE JURIDICION DE L'ÉTAT FACE AUX GRAVES VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME»**

L'article 12 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, règle une exception à l'immunité de juridiction qui comprend les «Atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou dommages aux biens» commis par l'État étranger dans le territoire de l'État du forum, d'accord avec le principe de territorialité, sans que son application soit conditionnée à la distinction entre les actes *iure gestionis* et les actes *iure imperii*; bien que la pratique ne confirme pas toujours que dans ce second cas on admet cette exception à l'immunité de juridiction. En outre, l'article 12 ne s'applique pas aux situations de conflit armé où dans la pratique des États on continue à maintenir l'immunité de juridiction. D'autre part, l'étude de la pratique ne prouve pas l'existence d'une exception à l'immunité de juridiction dans les cas où l'on applique la juridiction civile universelle face aux violations graves des droits de l'homme attribuables à l'État étranger. Dans le domaine universel, il ne semble pas du tout probable qu'une majorité des États accepte une exception à l'immunité de juridiction de cette portée; sans préjudice des développements conventionnels dans le domaine régional européen que dans ce cas, soient accordés dans le cadre du système de protection des droits de l'homme établi par la Convention de Rome de 1950.