

LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS ANTE LAS RECLAMACIONES CIVILES POR VIOLACIONES GRAVES DE DERECHOS HUMANOS FRENTE AL ESTADO*

Marta REQUEJO ISIDRO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.–II. *LECHOURITOU Y OTROS C. ALEMANIA. STJCE DE 15 DE FEBRERO DE 2007, AS. C 292/05*.–III. LAS RAZONES DEL TJCE (I). CONTINUIDAD CON LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR.–IV. OTRAS RAZONES (II): «EL PRESENTE REGLAMENTO [...] NO INCLUIRÁ EN PARTICULAR... NI LOS CASOS EN QUE EL ESTADO INCURRA EN RESPONSABILIDAD POR ACCIONES Y OMISIONES EN EL EJERCICIO DE SU AUTORIDAD (*ACTA IURE IMPERII*)». 1. *Introducción*. 2. *La trastienda del caso Lechouritou*.–V. CONSECUENCIAS SOBRE LA TRANSNATIONAL HUMAN RIGHTS LITIGATION. 1. *Información para el planteamiento*. 2. *(Paradójica) Independencia de los criterios de interpretación de los instrumentos comunitarios de Derecho procesal civil internacional*. 3. *Valoración*. 4. *Alguna cuestión abierta*.–VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1. Más de cincuenta años después del fin de la Segunda Guerra Mundial nos siguen llegando los ecos de la contienda. Respaldados por la toma de conciencia, de alcance internacional, sobre la necesidad de reparar a las víctimas civiles de los conflictos bélicos¹, y estimulados por los movimientos en pro de los derechos del hombre, supervivientes de aquella época o sus causahabientes dirigen a los tribunales

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y el FEDER sobre «Los daños morales en la UE: armonización sustantiva, ley aplicable y competencia judicial internacional» (Ref. núm. SEJ2004-02358).

¹ Vide como muestra los *Basic Principles and Guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international*

domésticos pretensiones de indemnización basadas en violaciones graves de los derechos más básicos: a la vida, a la integridad, a la libertad, a la dignidad.

2. El resultado de las reclamaciones es dispar. Al otro lado del Atlántico ha habido jueces proclives a atender las peticiones relacionadas con el holocausto y otras similares, al amparo de las peculiaridades del ordenamiento americano: de la *Alien Torts Claim Act*, de 1789 (ATCA), leída de forma que posibilita la interposición de demandas por los daños causados por la comisión de ilícitos graves de Derecho Internacional; de la *Torture Victims Protection Act*, de 1991 (TVPA), y de la legislación federal sobre inmunidad de jurisdicción y sus excepciones, la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), de 1977, con la modificación de 1996 que deja fuera de la cobertura de la inmunidad las acciones contra Estados «for personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage taking».

3. Las jurisdicciones europeas, por su parte, no han sido especialmente receptivas a estas demandas que colocan en el punto de mira a los Estados y a sus órganos, y suponen someter decisiones de orden político al juicio de simples pares, con abandono del marco clásico, el Derecho Internacional Público. No obstante, en 2000 y 2004 dos acciones contra Alemania superaron las trabas, y los particulares afectados obtuvieron sendos pronunciamientos a su favor: el primero, ante los Tribunales griegos, en el caso conocido como *Distomo*²; el segundo, ante los italianos, en *Ferrini*³.

Las decisiones *Distomo* y *Ferrini* son famosas sobre todo por el tratamiento depurado a la inmunidad de jurisdicción del demandado⁴. No obstante, sugieren también cuestiones de interés en el ámbito de lo jurídico-privado. Siendo Italia y Grecia dos países de la Unión Europea, y el objeto de la demanda planteada ante sus respectivos Tribunales la indemnización por daños, era lógico preguntarse si había de aplicarse o no el régimen procesal civil internacional de fuente comunitaria, que era por aquel entonces el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil (CBr). En ambos casos se impuso la respuesta negativa, y no se suscitó cuestión prejudicial de interpretación ante el TJCE⁵. Unos años más tarde, en 2005, un supuesto también griego muy similar al planteado en *Distomo* sí ha dado lugar a una pregunta acerca de la interpretación del artículo 1 del Convenio. La demanda fue interpuesta ante el Tribunal de Primera Instancia de Kalavrita en 1995; como demandantes figuraban los descendientes de los más de 600 habitantes del lugar, víctimas de una masacre perpetrada por las tropas

humanitarian law, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas por Res. A/RES/60/147, de 16 de diciembre de 2005.

² La decisión de primera instancia data de 30 de octubre de 1997; está resumida en inglés por BANTEKAS, I., en *AJIL*, 1998, pp. 765-768. La del *Areios Pagos*, Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 2000, por GAVOUNELI, M., en *id. loc.*, 2001, pp. 198-204.

³ *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004*, *Riv. Dir. Int.*, 2004, pp. 539-551.

⁴ *Infra*, núm. 28, núm. 34.

⁵ En el caso *Ferrini* el Tribunal de Casación excluyó el Convenio indicando que la acción para el resarcimiento de daños se apoyaba «en hechos cometidos por la administración pública en ejercicio de su propia potestad de imperio». No ha sido posible verificar cuál fue el régimen de competencia judicial aplicado en la decisión griega *Distomo*, aunque creemos que se trató de la legislación autónoma; sí sabemos que el concreto criterio de competencia empleado era similar al previsto en el artículo 5 CBr (vide BANTEKAS, I., pp. 765-768). Con fecha de 26 de junio de 2003 el BGH alemán descartó la aplicabilidad del Convenio de Bruselas a la petición de reconocimiento de la decisión griega.

alemanas en diciembre de 1943; la competencia judicial internacional se apoyó en los artículos 5.3 y 5.4 del Convenio de Bruselas.

4. El TJCE ha resuelto el as. C-292/05 con fecha de 15 de febrero de 2007⁶. Su respuesta se produjo en el contexto de un cambio en la letra de los preceptos sobre el ámbito material en instrumentos de DIPr comunitario: a la exclusión de las materias fiscal, aduanera y administrativa, se añade ahora expresamente la de los casos en que un Estado incurre en responsabilidad por acciones u omisiones realizadas en ejercicio de su autoridad. Esta adición ha pasado bastante desapercibida en la doctrina; no parece preciso explicar que tanto ella como su razón de ser poseen en cambio gran interés para esta Nota y su propósito, que es el de examinar el «sitio» de las demandas civiles entabladas por particulares contra las autoridades europeas transgresoras de los derechos humanos, en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

II. LECHOURITOU Y OTROS C. ALEMANIA. STJCE DE 15 DE FEBRERO DE 2007, AS. C 292/05

5. En junio de 2005 el Efeteio (Tribunal de Apelación) de Patras elevó al TJCE, as. C-292/05, una consulta en dos puntos: «1. 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?» y «2. ¿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, en concreto, entre los años 1941 y 1944?»⁷.

6. El asunto a decidir a través de la cuestión prejudicial del Efeteio no pareció al TJCE lo suficientemente importante («de importancia excepcional»: artículo 16 del Estatuto del Tribunal de Justicia) como para reunir a la Gran Sala. De este modo, el órgano hizo gala de prudencia en un tema, el de la reparación de las víctimas de las violaciones graves de los derechos humanos, que desde luego no es calificable de «anodino»; de hecho, veremos que al margen de cuál fuera la intención del Tribunal, lo cierto es que su pronunciamiento no es baldío en consecuencias (*infra*, núm. V).

7. El TJCE dictó una respuesta acorde con la preparada por el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, de 8 de noviembre de 2006: «El artículo 1, párrafo primero, primera frase, del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [...] debe interpretarse en el sentido de que una acción judicial ejercitada por personas

⁶ DOUE, C, núm. 82, de 14 de abril de 2007.

⁷ DOUE, C, núm. 243, de 1 de octubre de 2005.

físicas en un Estado contratante frente a otro Estado contratante, mediante la cual se pretende obtener reparación de los daños sufridos por los derechohabientes de las víctimas de la actuación de fuerzas armadas en el marco de operaciones bélicas en el territorio del primer Estado, no está comprendida en el concepto de “materia civil” en el sentido de dicha disposición». Con esto ya no era preciso contestar a la segunda pregunta.

8. El *iter* de la decisión es el siguiente: de entrada, el TJCE reitera la preferencia mostrada en decisiones anteriores sobre el artículo 1 CBr por una interpretación autónoma, esto es, conforme a los objetivos y sistema del Convenio, por un lado, y a los principios generales que se deducen de los sistemas jurídicos nacionales, por otro. Esta interpretación le lleva a afirmar que se excluyen del CBr ciertas acciones o resoluciones atendiendo a los elementos que caracterizan la naturaleza de las relaciones entre las partes, o el objeto del litigio (núm. 30). A partir de ahí, el TJCE procede a examinar *in casu* las posibles expresiones de ejercicio de poder público por una de las partes en la controversia: manifestaciones de prerrogativas, derivadas del ejercicio de poderes que aparecerían como exorbitantes en contraste con las normas aplicables a las relaciones entre particulares (núms. 31-34). A su juicio, pertenecen a esta categoría las operaciones de fuerzas armadas, decididas de modo unilateral e imperativo por las autoridades públicas competentes (núm. 37).

El TJCE continúa negando relevancia a efectos de la delimitación convencional de la licitud o ilicitud del acto que ocasionó el daño, sobre la base de motivos intrínsecos al sistema: al microsistema, por un lado («si se admitiera la tesis defendida sobre este extremo por los recurrentes en el litigio principal, ésta suscitaría cuestiones de fondo previas, incluso antes de poder determinar con certeza el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas», núm. 44). Por otro, en un alarde para el que habría sido deseable alguna justificación⁸, también al macrosistema [núm. 45, «en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, el Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (...), en su artículo 2, apartado 1, [no] realizar a este respecto ninguna distinción en función de que dichas acciones u omisiones tengan o no naturaleza legal. Lo mismo ocurre con el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (...)]»].

III. LAS RAZONES DEL TJCE (I). CONTINUIDAD CON LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR

9. ¿Cuál era el estado de la cuestión en la jurisprudencia del TJCE anterior a la petición de decisión prejudicial en el as. C 292/05?

⁸ El CBr, estrictamente hablando, no pertenece al «macrosistema». Además, los Reglamentos que se citan, en tanto que regla posterior, difícilmente –desde el punto de vista formal– podían ser empleados para poner luz sobre su artículo 1. En las elaboraciones del Abogado General, la referencia a los Reglamentos es una mera nota al pie, y no un fundamento de las Conclusiones.

10. En las ocasiones en que se ha pronunciado sobre el artículo 1 del CBr, el TJCE se ha decantado por una interpretación autónoma, de la que deduce que ciertas acciones quedan fuera del ámbito de aplicación del instrumento en razón de los elementos que caracterizan la naturaleza de las *relaciones jurídicas* entre las partes en litigio, o su *objeto*⁹. Dado que el primero de los criterios supone atender a un complejo o conjunto global de circunstancias, el TJCE se ha visto obligado a seleccionar entre ellas. Así en los casos en que uno de los contendientes es una autoridad, en sentido negativo ha descartado el carácter (penal, civil, administrativo, laboral) del órgano doméstico al que se plantea la cuestión, y el estatuto formal de «funcionario público» del sujeto demandado¹⁰. En sentido positivo, el TJCE ha indicado que hay que buscar si ha habido ejercicio de poder público¹¹. Para ello atiende a varias señales, que dice apreciar en su conjunto: si el comportamiento que se discute responde al ejercicio de facultades exorbitantes, en contraste con las reglas que serían aplicables de ser ambos contendientes dos sujetos privados; si el mismo comportamiento/función del órgano estatal implicado habría podido ser realizado/desempeñado por un particular¹². Finalmente, a establecer si la autoridad ha actuado en ejercicio de poder público ayuda el análisis del fundamento y las modalidades del ejercicio de la acción (normativa que sustenta la acción y procedimiento para ejercitarla)¹³.

11. El hecho de que sean plurales las claves aludidas por el TJCE en sus decisiones para calificar una causa de «civil y mercantil», y también varios los indicios de ejercicio de poder público, es apto para complicar la tarea cuando los diferentes criterios no convergen hacia un mismo resultado. Esto es, precisamente, lo que pasa en acciones como *Distomo*, *Ferrini* o *Lechouritou*: el *objeto* (finalidad) de la demanda, que se resuelve típicamente en una indemnización por daños y perjuicios, conduce a afirmar la aplicabilidad del CBr¹⁴. En cambio, lo verosímil es que la razón esté de

⁹ *STJCE*, de 14 de octubre de 1976, as. 29/76, Eurocontrol, núm. 4, retomada en muchas otras: *STJCE*, de 16 de diciembre de 1980, as. 814/79, Rüffer, núm. 14; *STJCE*, de 14 de noviembre de 2002, Baten, as. C 271/00. En la *STJCE*, de 15 de febrero de 2007, Lechouritou, as. C 292/07, aparece en el núm. 30.

¹⁰ Vide nota anterior, y *STJCE*, de 21 de abril de 1993, as. C 172/91, Sonntag, núm. 21. El TJCE ha rechazado también otros datos: el del mínimo común denominador, propuesto por el Abogado General en *Sonntag*; o el de la Comisión en el mismo caso, cuyo valor jurídico era ciertamente discutible, pero que desde luego resolvería de forma tajante bastantes incertidumbres: la actuación de un Estado fuera de su territorio apuntaría hacia tener el acto como equiparable al de un particular, y hacia lo contrario en el caso inverso.

¹¹ *STJCE*, de 14 de octubre de 1976, as. 29/76, Eurocontrol; *STJCE*, de 16 de diciembre de 1980, as. 814/79, Rüffer.

¹² *STJCE*, de 21 de abril de 1993, as. C 172/91, Sonntag, núms. 22, 23; y núm. 26, sobre la toma en consideración del conjunto de los elementos; *STJCE*, de 5 de febrero de 2004, as. C 265/02, Frahuil, núm. 21.

¹³ *STJCE*, de 14 de noviembre de 2002, as. C-271/00, Baten, núm. 31; *STJCE*, de 15 de mayo de 2003, as. C 266/01, Préservatrice Foncière TIARD SA, núm. 23. Es difícil entender que el criterio de la modalidad (ejercicio de la acción ante ciertos Tribunales conforme a ciertas normas de procedimiento: núm. 33 de Baten), hayan sido consagrados de cara a una interpretación *uniforme*. La comprensión correcta debe ser que el dato no apunta al tipo de procedimiento, que podrá ser diferente en cada Estado, sino al hecho de que tanto particulares como entidades de Derecho público de un Estado han de acudir al mismo, sea éste cual sea.

¹⁴ Así lo entiende por ejemplo KESSEDJIAN, C., «Les actions civiles pour violation des droits de l'homme. Aspects de Droit International Privé», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2002-2004, pp. 151-184, esp. p. 159, p. 162.

parte de quienes excluyen del CBr la responsabilidad del Estado por acciones militares, si atendemos a que la *relación jurídica* se caracteriza por la manifestación de poder público por parte del Estado, por corresponder su actuación al ejercicio de facultades exorbitantes en comparación con lo que sucede entre particulares. Esta fue, como dijimos, la conclusión del Abogado Ruiz-Jarabo en el as. C 292/05 (núms. 53-56).

Que la proyección de los criterios derive en desenlaces opuestos no sorprende. Es más, es lo que cabía esperar dada la fórmula en que se basan las *transnational human rights claims*, categoría a la que pertenecen las controversias del tipo *Distomo*, *Ferrini* o *Lechouritou*: son acciones concebidas justamente para privatizar los contenciosos por violaciones de obligaciones de derechos del hombre, perpetradas por parte de los Estados en ejercicio de su soberanía; controversias que hasta ahora venían resolviéndose en el ámbito de sus relaciones entre ellos, en el seno del Derecho Internacional Público. Es por esto por lo que la referencia al *fundamento* y la *modalidad* de la demanda tampoco va a arrojar luz sobre la pregunta de la inclusión o no entre la materia del CBr: la acción aparece como un híbrido, que hace valer el quebrantamiento de normas de Derecho Internacional y le asocia una responsabilidad civil ante jurisdicciones civiles domésticas.

12. La pluralidad de los elementos presentes en la jurisprudencia del TJCE sobre qué es civil y mercantil legitima la pregunta acerca de cuál es la relación que mantienen entre sí; y si es suficiente que *uno* de los indicios (la naturaleza de las relaciones entre las partes o el objeto del litigio) apunte hacia una manifestación de poder público para excluir el litigio del ámbito del Convenio. Así opinaba el Abogado Ph. Léger en sus conclusiones a propósito del caso *Préservatrice Foncière*¹⁵; pero la decisión del TJCE no siguió la propuesta del Abogado, y la doctrina ha criticado su método¹⁶. Con todo, a la luz del discurso mantenido por el TJCE a lo largo de los años sobre el artículo 1 CBr es difícil sustraerse a la impresión de primacía del criterio de la *naturaleza de las relaciones* interpartes: esto es, que sea cual sea el objeto del litigio, la acción no se incluirá entre la materia civil a efectos de los instrumentos comunitarios si el legislador ha conferido al agente u organismo público (en definitiva, al Estado) una prerrogativa propia en el seno de la relación con el sujeto privado, marcando diferencias respecto de la misma relación entre dos particulares¹⁷.

¹⁵ Presentadas el 5 de diciembre de 2002; vide núm. 42.

¹⁶ En España, GARCÍA LÓPEZ, J. A., «El concepto de materia civil y mercantil en el Convenio de Bruselas y su formulación en la reciente jurisprudencia del TJCE», *La Ley*, núm. 5883, viernes 31 de octubre de 2003. Propone una explicación distinta a la diferencia de posturas del TJCE y el Abogado GÄRTNER, V. «The Brussels Convention and Reparations-Remarks on the Judgment of the European Court of Justice in *Lechouritou and others v. the State of the Federal Republic of Germany*», *German Law Journal*, 1 de abril de 2007.

¹⁷ En el as. 29/76, *Eurocontrol*, el litigio versaba sobre el pago por el uso de un servicio público; el TJCE subrayó sobre todo el hecho de que una de las partes –la autoridad– fijara unilateralmente las condiciones del contrato de uso. Vide en el as. 814/79, *Rüffer*, el núm. 13. En el as. C 172/91, *Sonntag*, la finalidad de la demanda era la indemnización de daños; el TJCE se centró en el carácter de la intervención del funcionario demandado. En el as. C 271/00, *Baten*, sobre la recuperación de gastos de asistencia social, podría entenderse que el objeto del litigio era civil dado que el tratamiento jurídico de la cuestión se reconduce, por virtud de la legislación del foro, a la obligación de alimentos *inter privatos* (vide núms. 34 a 36). El TJCE optó por considerar que la controversia excluida del CBr., atendiendo a que, pese a la equiparación inicial, la intervención de una autoridad municipal daba lugar a excepciones en el régimen común. En el as. C 265/02, *Frahuil*, el objeto del litigio era la recuperación de cantidad pagada en

13. La decisión del TJCE en el as. C 292/05 se incorpora al panorama creado por las precedentes apuntalando la preferencia anunciada. Si en principio el intérprete sostiene, como es habitual, que la interpretación autónoma se concreta a la luz de los elementos que caracterizan la naturaleza de las relaciones entre las partes o el objeto del litigio (núm. 30), lo cierto es que a partir de esta afirmación se concentra en lo primero, buscando si hay manifestaciones de prerrogativas de poder público por una de las partes en el litigio. Una vez establecido que así es, se pronuncia despreciando expresamente la otra clave (objeto o finalidad de la controversia: núm. 41).

14. ¿Podría significar la decisión *Lechouritou*, por el hecho de que ni siquiera los menciona, el descarte del resto de los criterios que anteriormente han servido para identificar el ejercicio de poder público - modalidad y fundamento de la acción; que un particular esté en posición de realizar el mismo comportamiento que un funcionario?¹⁸ La respuesta no es banal (vide *infra*, núm. 42); pero es difícil decirlo. Un dato contemporáneo al caso aconseja dejar puertas abiertas. El Informe a la Propuesta de Reglamento sobre un proceso europeo de escasa cuantía por parte de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento, de 7 de noviembre de 2006, acogía en la enmienda núm. 39 al artículo 2, apartado 1, la siguiente redacción: «No se extenderá, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio sus prerrogativas». Este mismo texto había sido el propuesto por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de 19 de mayo de 2006. En la redacción del Parlamento el 14 de diciembre de 2006 se adopta, en cambio, la fórmula «ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de la autoridad pública (*acta iure imperii*)». No hay datos para aclarar si la enmienda fue cuestión de mero estilo, o de fondo.

IV. OTRAS RAZONES (II): «EL PRESENTE REGLAMENTO [...] NO INCLUIRÁ EN PARTICULAR... NI LOS CASOS EN QUE EL ESTADO INCURRA EN RESPONSABILIDAD POR ACCIONES Y OMISIONES EN EL EJERCICIO DE SU AUTORIDAD (*ACTA IURE IMPERII*)»

1. Introducción

15. Casos como el planteado ante el Efeteio de Patras poseen una importante connotación política. Por ello, y porque lo decidido por el TJCE va a tener consecuencias sobre la defensa de los derechos humanos, se queda escasa una explicación en términos de mera continuidad con la jurisprudencia precedente.

16. Como viene siendo frecuente, frente a la parquedad del TJCE y sus afirmaciones tópicas las elaboraciones del Abogado General proveen mayor información¹⁹:

concepto de derechos de aduana (núms. 18 a 21); sin embargo, el THCE consideró la materia incluida en el CBr, señalando que la relación entre las partes en litigio es de Derecho privado, y no hay ejercicio de poderes exorbitantes.

¹⁸ Vide *supra*, npp. núm. 12, sobre la toma en consideración del conjunto.

¹⁹ La figura del Abogado General pasa de asistente del TJCE, a asistente de los intérpretes del mismo.

tanto a propósito de la preferencia por el método de interpretación autónoma (la uniformidad e igualdad de las obligaciones y derechos que resulten para estados contratantes y personas interesadas), como de las razones de dejar fuera del régimen determinadas demandas entre un particular y una autoridad –aquellas en las que ejercita poder público–. Dos, de diferente entidad, son las que se esgrimen para esto último: la primera, que son casos en que la forma de participación de la autoridad en el tráfico es una «emanación de la soberanía»; la segunda, que «en esas materias, los redactores del Convenio de Bruselas deseaban que la competencia exclusiva de un Estado miembro se correspondiera con la competencia de las autoridades administrativas y jurisdiccionales de ese mismo Estado», ya que «cuando esas materias constituyen el objeto esencial del litigio, se considera que los órganos jurisdiccionales de ese Estado son los que se encuentran en mejor situación para pronunciarse al respecto. En consecuencia, la tutela efectiva de las situaciones jurídicas, que supone uno de los objetivos del Convenio, queda protegida mediante la determinación de un sistema nacional íntegramente competente»²⁰.

17. Probablemente no sea necesario justificar la opción por la interpretación autónoma. Tratándose de un artículo como el 1 CBr, determinante de la aplicación del instrumento, la opción casi se explica por sí misma: sobre todo si la alternativa es la remisión a la *lex fori*, o a la *lex causae*.

18. En cambio, no convencen las razones por las que se deja fuera del CBr determinadas demandas entre un particular y una autoridad que ejercita poder público. Y es que, como ha dicho la doctrina, la definición del ámbito del DIPr comunitario se «declina» (como toda disciplina) en función de una materia, con la peculiaridad de que cualquiera (cualquier materia) puede quedar afectada cuando sea necesario para alcanzar objetivos comunitarios –como es el de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia–²¹. Aparte de ello, tampoco cada uno de los motivos, en sí mismo considerado, es concluyente: el primero (nos hallamos ante emanaciones de soberanía), considerando las variantes que admite el significado, y por lo tanto el alcance, del término «soberanía»²²; y pierde aún más fuerza persuasiva cuando el acto de (presunta) soberanía es uno que convierte a su titular en un Estado asesino²³. El segundo razonamiento, que se apoya en resguardar la mejor oferta de tutela judicial efectiva, lo que justifica es una competencia exclusiva, y no la expulsión de determinadas materias del ámbito de un instrumento.

19. La realidad es que en la fecha en la que dictó la sentencia en el as. C 292/05 sobre el artículo 1 CBr, el TJCE gozaba de un margen de actuación muy restringido, quedando sujeto, por razones de coherencia²⁴, a ajustar su decisión a la del legislador

²⁰ Núms. 33 y 34 de las Conclusiones, que reproducen palabras del Informe Schlosser al Convenio de adhesión de 1978, y del Abogado General P. Léger al as. C 266/01, *Préservatrice Foncière*.

²¹ FALLON, M., «Libertés communautaires et règles de conflit de lois», en *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, París, 2004, pp. 31-78; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Le droit international privé communautaire; réalités, problèmes et perspectives d'avenir», *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, t. 317, capítulo I.

²² Diferente según que se adopte un enfoque normativo, o se parta de la idea de *comity*; uno legal, o uno político.

²³ *Infra*, npp. núm. 56.

²⁴ De coherencia *quasi*-sistemática, por llamarla de algún modo, dada la naturaleza del CBr y su particular posición en el seno del ordenamiento comunitario, y política.

comunitario en varios instrumentos de Derecho procesal civil internacional adoptados entre 2004 y 2006.

2. La trastienda del caso Lechouritou

20. La demanda entablada en 1995 por el Sr. Lechouritou y otros ante el Polimeles Protodikio Kalavriton fue rechazada en 1998 por razón de la inmunidad del demandado. En 1999, los actores apelaron al Efeteio Patron, que suspendió el proceso para consultar al Anotato Eidiko Dikastirio sobre la interpretación de las reglas internacionales en materia de inmunidad de los Estados.

21. Mientras esto sucedía en Grecia, en la Europa comunitaria tenían lugar importantes acontecimientos. Entraba en vigor el Tratado de Ámsterdam, y con él recibía un trascendental impulso la construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. A finales de 2000 el Consejo adoptó un programa de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; primera fase del programa era la supresión del exequátur, paso intermedio a efectuar en el Estado miembro donde se quiere ejecutar la decisión que procede de otro Estado. El Reglamento (CE) núm. 805/2004, de 21 de abril de 2004, que establece un título ejecutivo europeo sobre créditos no impugnados, representa el logro de este objetivo, que supone ausencia de procedimiento de declaración de ejecutividad, y ausencia de los controles típicos en esta fase, incluido el de orden público.

22. No se discute que el ámbito material del Reglamento (CE) núm. 805/04, expresado en su artículo 2, coincide con el del Reglamento (CE) núm. 44/01, sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil, de 22 de diciembre de 2000 (art. 1); que es el mismo, a su vez, que el de su inmediato precedente, el CBr (art. 1). Sin embargo, hay una alteración en la letra del texto: en el artículo 2 del Reglamento sobre el título ejecutivo se excluyen expresamente «los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones y omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*)». La nueva formulación se repite en el reciente Reglamento (CE) núm. 1896/2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo²⁵, y en otros instrumentos comunitarios todavía no aprobados vemos que la referencia se incorpora en alguna de las fases del proceso legislativo²⁶.

23. ¿Cuál es el significado del «retoque»? Es esta la segunda vez, tras años de vigencia del régimen procesal civil internacional convencional-comunitario, en que se modifica la norma expresiva de su alcance material. En la primera se modificó el Convenio de Bruselas para excluir explícitamente «las materias fiscal, aduanera y administrativa», con fines de aclaración, habida cuenta de que los países fieles al «Common Law», que por aquel entonces se incorporaron al Convenio, ignoran la contraposición entre derecho público y privado²⁷.

²⁵ Con fecha de 30 de diciembre de 2006 se publicaba en el *DOUE*, L, núm. 399.

²⁶ *Infra*, npp. núms. 31-34, y *supra*, la referencia a los trabajos legislativos para un Reglamento sobre un proceso europeo de escasa cuantía.

²⁷ Aunque con algún titubeo, había rechazado demandas de responsabilidad civil: son célebres el caso *Al-Adsany*, que llegó al TEDH (*Al-Adsany c. Reino Unido*, as. 35763/2001, de 21 de noviembre

Parece que la misma idea de simple ejemplificación explica la reforma que tuvo lugar en 2004. Del examen de los trabajos que llevaron al Reglamento (CE) núm. 804/04 no trascienden ni la voluntad, ni la conciencia de innovar: la nueva frase aparece por primera vez en la Posición Común (CE) núm. 19/2004, de 6 de febrero de 2004, aprobada por el Consejo²⁸; en la Comunicación de la Comisión al Parlamento de tres días después se señala simplemente que «Se ha modificado el artículo 2 para *aclarar* que los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*) no constituyen materia civil ni mercantil, por lo tanto, no están comprendidos en el ámbito del Reglamento»²⁹. La doctrina a propósito del Reglamento está conforme: la alusión a las reclamaciones de responsabilidad contra Estados en el artículo 2 es narrativa³⁰.

24. No son más elocuentes los textos que documentan el procedimiento legislativo de cara a la adopción de futuros Reglamentos³¹. Ese mismo silencio es significativo: la fórmula reformada no aparece en ninguno de los casos en la Propuesta de la Comisión³², sino que se incorpora más adelante, y lo hace sin suscitar mayores comentarios³³; lo que es indicativo de la conciencia de no estar renovando. En este sentido apunta la Posición Común del Consejo, de 25 de septiembre de 2006, a propósito del Reglamento «Roma II»: «En comparación con la propuesta original de la Comisión, se *ha aclarado y precisado* el ámbito de aplicación del instrumento. Las

de 2001), y *Jones v. Al-Dali and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya*, 2006 UKHL 26, (contrástese la respuesta de apelación y la contraria de la House of Lords, de junio de 2006).

²⁸ El añadido al enunciado del artículo 1 CBr no constaba en la Propuesta del Reglamento sobre título ejecutivo europeo hecha por la Comisión ni en el Dictamen del CES o en los documentos que reflejan el trámite ante el Parlamento COM(2002)159 final, *DOCE*, C, núm. 203E, de 27 de agosto de 2002.

²⁹ COM (2004) 90 final. La cursiva es nuestra.

³⁰ WAGNER, R., «Die neue EG-Verordnung zum Europäischen Vollstreckungstitel», *IPRax*, 2005, pp. 189-200, *esp.* p. 191; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El título ejecutivo europeo*, Civitas, 2006, pp. 50-51. Subraya no obstante que la inclusión de la referencia podría derivar en interpretaciones discordantes CONSALVI, E., «La proposta di Regolamento (Ce) che istituisce il titolo esecutivo europeo in materia di crediti non contestati», <http://www.judicium.it>.

³¹ Respecto al Reglamento sobre el proceso monitorio europeo, véase la propuesta de la Comisión, COM (2004) 173 final/3, de 25 de mayo de 2004. La redacción que acompaña este Reglamento al núm. 805/04 aparece por primera vez en la Posición del Parlamento, de 13 de diciembre de 2005, que recoge la Propuesta Modificada de la Comisión, COM(2006)57 final, de 7 de febrero de 2006. No hay aclaraciones al cambio en los documentos; tampoco en los documentos siguientes de las distintas instancias resultantes del progreso legislativo.

³² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2005, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, COM(2005) 87 final; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2003, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, COM(2003)427 final.

³³ O bien, se trata de explicaciones que parten del presupuesto de la exclusión de los *acta iure imperii* – y lo que explican es una fórmula que supone la exclusión de los *acta iure gestionis* realizados por la Administración. Vide en relación con la Propuesta «Roma II», la Enmienda 18 del Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento, de 27 de junio de 2005: «No se aplica a las materias fiscales, aduaneras y administrativas, ni a la responsabilidad de las administraciones públicas por los actos u omisiones cometidos en el ejercicio de sus funciones», que se justifica porque «La segunda reforma implica la exclusión de la responsabilidad de las Administraciones Públicas del ámbito de aplicación del Reglamento, con el fin de evitar que queden sujetas a una ley extranjera, lo cual resulta particularmente importante para aquellos Estados miembros en los que, a efectos de responsabilidad, los *actos iure gestione e iure imperio* se someten a un mismo régimen». La formulación no se mantiene ya en la Propuesta Modificada, COM(2006) 83 final, de 21 de febrero de 2006.

cuestiones de derecho civil y mercantil no abarcan la responsabilidad del Estado por los actos u omisiones en el ejercicio de la potestad pública (*acta iure imperii*)»³⁴.

25. Hemos de creer, por tanto, que la enmienda tiene una intención puramente pedagógica. Ahora bien, ¿es ésta su causa última?

26. Permítasenos, antes de resolver la cuestión, decir que para la finalidad de ilustrar la expresión seleccionada en el artículo 2 no es precisamente afortunada. En particular desasosiega la referencia a los *acta iure imperii*, que no significa lo mismo en unos y otros Estados de la Unión. La categoría se define típicamente a partir de su función, atendiendo a su relación con la inmunidad de jurisdicción, como opuesta a la de actos de gestión³⁵; pero según el ordenamiento consultado se prefiere, como criterio para la distinción entre ambas, el de la naturaleza del acto o el de su finalidad³⁶. Países como el Reino Unido se han decantado por el criterio de la naturaleza: es irrelevante el propósito perseguido por el Estado a través del acto en cuestión. En Francia, la concurrencia de cualquiera de los dos factores es apta para cualificar el acto³⁷. En Alemania se retiene en principio sólo el dato la naturaleza del acto, con exclusión del de servir a fines soberanos, ya que este –se dice– concurre en realidad en cualquier actuación del Estado; se reconoce no obstante que el criterio «naturaleza» sólo posibilita una definición negativa (operando la exclusión del otro criterio), pero que falta en realidad una construcción dogmática coherente; lo que finalmente se impone en cada caso es la intuición y una ponderación de los intereses presentes en concreto³⁸.

El hecho de las divergencias sugiere que hay sitio para conflictos a la hora de interpretar el texto (calificar las demandas)³⁹. Se nos puede responder que la falta de consenso entre los Estados miembros sobre qué actos son *iure imperii* y cuáles *iure gestionis* es un dato irrelevante cuando se opta por la calificación autónoma; que esto es lo que ha hecho el TJCE para el artículo 1 CBr y lo que es la materia «civil y mercantil»; y que desde su jurisprudencia es posible deducir una definición de los *acta iure impe-*

³⁴ DOUE, C, núm. C 289E, de 28 de noviembre de 2006. La cursiva es nuestra.

³⁵ Si bien el binomio que identifica actos *iure imperii* e inmunidad está atravesando cierta crisis; *infra*, V.1.

³⁶ Fox, H., *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, p. 127, habla de una clara tendencia a favor de la inmunidad restringida, que se acompaña no obstante de una práctica diversa entre los Estados, lo que, a falta de un instrumento común, da lugar a una extraordinaria complejidad y variedad en las reglas emergentes. LAGARDE, P., en *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, ed. A. Pedone, París, 2004, pp. 148-160, *esp.* pp. 150-152, concluye que en realidad los Estados condicionan la inmunidad de los Estados extranjeros en función de sus propios intereses.

³⁷ Vide MUIR WATT, H., «Nota» a la *Sentencia de la Cour de Cassation*, de 20 de junio de 2003, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 2003, pp. 647-654, sobre los diferentes criterios en Francia. Subraya la autora que *in casu* el Tribunal no retiene ninguno de los criterios habituales. Vide también la *Sentencia de la Cour de Cassation*, de 27 de abril de 2004, *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 2005, pp. 75-79, que MUIR WATT, H., *id. loc.*, p. 82, confronta con la decisión del TJCE en el as. C 172/91, Sonntag, poniendo de relieve las divergencias.

³⁸ GEIMER, R., *Internationales Zivilprozessrecht*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Colonia, 5.ª ed., núm. 579-588, con otras referencias.

³⁹ Sobre las dificultades *vid* KESSEDJIAN, C., *esp.* p. 154-155, que reconoce que las nociones tradicionalmente utilizadas en Francia para distinguir los actos públicos y los privados son «peu adaptés à l'appréciation d'actes pris en vertu de systèmes juridiques et politiques étrangers». DÖRR, O., «Staatenimmunität als Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis», en LEIBLE, S., RUFFERT, M. (dir.), *Völkerrecht und IPR*, JWV, 2006, pp. 175-191, *esp.* p. 181, defiende que la calificación del acto ha de ser *ex fege fori*; señala no obstante «allerdings unter dem Vorbehalt eines völkerrechtlich anerkannten Kernbereichs der Staatsgewalt, der stets als hoheitliche einzuordnen ist», pero no indica en qué consiste ese núcleo.

iii. Pero lo cierto es que la expresión *acta iure imperii* no aparece en las decisiones del TJCE; y que éste, como vimos (*supra* III), ni siquiera ha retenido un dato único a la hora de estudiar si hay manifestaciones de ejercicio de autoridad estatal.

27. Volviendo a la pregunta inicial, va a ser un dato extraoficial, que conocemos a través de la doctrina⁴⁰, el que desmienta la inocencia de la enmienda al artículo 1 CBr en la redacción del Reglamento sobre el título ejecutivo. Entenderlo requiere tener presente dos cosas: el significado, ya aludido, que tiene este Reglamento en el camino hacia el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales civiles en el seno de la Unión; y el caso *Prefectura de Voiotia c. República Federal de Alemania*, demanda de responsabilidad civil planteada por los herederos de los habitantes del pueblo griego de Distomo, masacrados por las tropas alemanas en la Segunda Guerra Mundial.

28. La decisión *Distomo* se enmarca en el fenómeno reciente de la llamada *transnational human rights claims*, más conocido y exitoso en EEUU y mucho menos (cualquiera de las dos cosas) en Europa. Bajo esa rúbrica se alude a la reacción de individuos que por la vía procesal civil reclaman indemnización o, más ampliamente, reparación⁴¹, contra Estados u órganos de Estados cuyas actuaciones, en tiempo de paz (en este caso, con frecuencia en un contexto de dictadura) o de guerra, constituyan violaciones de derechos humanos fundamentales.

En *Distomo* los demandantes se enfrentaron a Alemania en relación con lo que parecería a todas luces un acto de soberanía. Sin embargo, de entrada el Tribunal nacional rechazó calificar de *iure imperii* la actuación de las tropas alemanas contra la población civil, argumentando que no se habría tratado de una ocupación militar derivada de un conflicto armado, sino de represalias contra un grupo específico y limitado de civiles por actos de sabotaje que no habían protagonizado. La acción de los soldados fue considerada luego por el *Areios Pagos*, Tribunal de casación, como asesinatos objetivamente innecesarios para mantener la ocupación del área o someter a los rebeldes: de este modo se habría producido un abuso del poder soberano, y con él, una renuncia implícita a la inmunidad.

29. Condenada Alemania al pago de unos 30 millones de dólares los demandantes griegos intentaron hacer reconocer la sentencia en aquel país. El BGH rechazó su petición el 26 de junio de 2003, alegando la falta de jurisdicción (*Gerichtsbarekeit*) de Grecia. El BGH descartó la aplicabilidad del CBr; una vez situado en la reglamentación residual, admitió que el requisito no consta expresamente entre las circunstancias que pueden frustrar la pretensión de reconocimiento, pero dedujo su exigibilidad de forma mediata tanto a partir de la condición de competencia judicial del juez de origen, como desde la perspectiva del orden público (alemán)⁴².

⁴⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., pp. 50-51, npp. núm. 9.

⁴¹ Vide *Basic Principles and Guidelines on the right to a remedy...*, artículo IX, números 19 a 23, acerca de la reparación como rehabilitación (mediante ayuda médica y psicológica, y de servicios sociales), satisfacción (derecho a la verdad, a la información, a disculpas y aceptación pública de responsabilidades, a homenajes y conmemoraciones a las víctimas...), y garantías de no repetición.

⁴² Señala VON HEIN, J., «The law applicable to governmental liability for violations of human rights in World War II», *Yearbook of Private International Law*, 2001, pp. 185-221, *esp.* p. 220, que la exigencia de tal condición, aunque no escrita, es aceptada con carácter general en la doctrina. GEIMER, R. *Internationales Zivilprozessrecht*, núm. 2894, la presenta como requisito análogo al previsto en el pár. 328 I.1 ZPO.

¿Habría podido el BGH rechazar igualmente la petición de exequátur de haber estado en vigor el Reglamento (CE) núm. 805/04? La respuesta habría sido negativa en la hipótesis de que dicho Reglamento se aplicara en la materia. Alemania no había comparecido en el juicio; esta rebeldía, con la que pretendía no dejar duda alguna sobre su calidad de beneficiaria del privilegio de la inmunidad, en el régimen del Reglamento da lugar a que el crédito sea uno «no impugnado»; lo que significa que los demandantes habrían podido solicitar y obtener en Grecia un certificado de título ejecutivo europeo. Al eliminarse la fase de declaración de ejecutividad en el Estado requerido, no cabría ningún control, ni siquiera de orden público, sobre la decisión extranjera⁴³. El modo más seguro de garantizar que esto no ocurra⁴⁴ es evitar la aplicación de los instrumentos comunitarios de reconocimiento automático y, sobre todo, de reconocimiento mutuo, a demandas del estilo *Distomo*. Para asegurar que queda claro se añade la expresión con que hoy termina el artículo 2.1 del Reglamento (CE) núm. 805/04.

30. Con estos antecedentes, ¿cabía imaginar una respuesta diferente del TJCE en el as. C 292/05?

V. CONSECUENCIAS SOBRE LA TRANSNATIONAL HUMAN RIGHTS LITIGATION

1. Información para el planteamiento

31. Ya desde muy temprano la doctrina científica ha querido ver lazos entre los criterios retenidos por el TJCE para incluir o excluir en el CBr los litigios con presencia del Estado (o uno de sus órganos) como parte, y la distinción entre actos *iure imperii*/*iure gestionis*, a su vez relacionada con la excepción de inmunidad de jurisdicción de los Estados⁴⁵.

Aceptar tal posición tiene el riesgo de trasladar al CBr lo incierto y voluble de dichas categorías. Ya nos referimos a este dato en el epígrafe anterior, en lo que respecta a los *acta iure imperii*. Igualmente, tratándose de inmunidad, lo que prima es la falta de consenso a todos los niveles –doctrinal, jurisprudencia, legal–: sobre su naturaleza (¿derecho fundamental inherente a la noción de Estado o privilegio otorgado a cada miembro de la Comunidad internacional por parte de los demás?), sobre su origen (¿la inmunidad como producto del derecho consuetudinario internacional o como objeto de legislación doméstica, en defecto, precisamente, de los elementos que per-

⁴³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., pp. 50-51, npp. núm. 9.

⁴⁴ En un momento en que proliferan los intentos de restringir la inmunidad de jurisdicción para las violaciones (*infra*, epígrafe siguiente), y por tanto, serían potencialmente más frecuentes los casos de demandas contra Alemania, que ya había intentado paliar el problema a través de Fondos.

⁴⁵ DROZ, G. A. L., «Nota» a STJCE, de 14 de octubre de 1976, as. 29/76, *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 1977, pp. 776-785, esp. p. 781; HESS, B., «Amtshaftung als *Zivilsache* im Sinne von artículo 1 Abs. 1 EuGVÜ», *IPRax*, 1994, pp. 10-17, esp. p. 12. Otro, contemporáneo: DÖRR, O., p. 190.

miten hablar de una costumbre internacional?)⁴⁶; sobre su alcance. Este último aspecto es el de interés para nosotros.

32. Es sabido que el régimen de la inmunidad de jurisdicción, que determina para los Estados un tratamiento específico ante los Tribunales domésticos de otros Estados, experimenta desde comienzos del siglo pasado una evolución en sentido restrictivo⁴⁷. De entrada fueron sustraídos de la inmunidad las controversias relativas a actos de comercio⁴⁸. Hoy, actos que tradicionalmente se consideran de soberanía (expropiaciones, concernientes a política fiscal), han sido tratados como no inmunes; en la práctica aparecen excepciones a la inmunidad en ámbitos diferentes a –o para los que es adaptada la etiqueta de– la actividad económica o comercial: contratos de trabajo, acciones relativas a *trusts*, a protección de la propiedad intelectual. La llamada *tort exception*, recogida en Convenios internacionales y en legislaciones nacionales, permite ejercer jurisdicción civil en materia de responsabilidad extracontractual, por actos lesivos cometidos por un Estado extranjero en el territorio del foro⁴⁹. La inmunidad pasa a definirse conforme a criterios superadores de la diferencia entre los *acta iure imperii* y los *acta iure gestionis*; puede haber soberanía y no haber inmunidad⁵⁰.

33. Es en este contexto de ruptura en el que se sitúa la idea de hacer una salvedad a la inmunidad en los casos de violaciones graves de los derechos fundamentales del hombre. Autores y jueces ensayan argumentaciones para alcanzar tal resultado, hoy todavía algo incierto⁵¹. Para alguno es válida la misma *policy* que justifica la *commercial activity exception*: concurre en la excepción comercial un principio de eficiencia económica; las partes pueden confiar en que sus acuerdos transnacionales recibirán la sanción judicial, incluso si una de ellas es un Estado; sobre la base de esta confianza realizan transacciones con los Estados. En parecido sentido, si a priori puede parecer que los abusos a derechos humanos no preocupan a los inversores extranjeros, lo cierto es que poseen capacidad disuasoria en la medida en que suponen restricciones a la libertad de movimientos o de expresión de los empleados o los agentes de las empresas, o sean indicativos de un régimen político corrupto, o de escasa estabilidad⁵².

⁴⁶ Vide CAPLAN, L. M., «State immunity, human rights and ius cogens: a critique of the normative hierarchy theory», *AJIL*, vol. 97 (2003), pp. 741-781, con más referencias.

⁴⁷ Vide un resumen en BIANCHI, A., «Serious violations of human rights and foreign States' accountability before municipal courts», en *Man's Inhumanity to Man, Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, 2003, pp. 149-181.

⁴⁸ A partir del Tratado de Versalles, de 21 de junio de 1919, artículo 281, en principio como sanción a las potencias enemigas.

⁴⁹ Vide Convenio de Basilea, de 16 de mayo de 1972, artículo 11; artículo 12 del Convenio de Naciones Unidas sobre inmunidad de los Estados y de sus propiedades, adoptado por Resolución de la Asamblea General de UN, Res. 59/38, de 2 de diciembre de 2004. Existe también en legislaciones nacionales: Par. 1605 (a) 5 FSIA de EEUU; sec. 5 SIA del Reino Unido. Recuérdese que salvo Argentina, ningún país de *civil law* posee una codificación sobre inmunidad de los Estados.

⁵⁰ Además de en las situaciones reflejadas en el texto, por la renuncia del Estado concernido a hacer valer la excepción.

⁵¹ Sobre el estado de la cuestión, en español por todos ESPÓSITO MASSICI, E., *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Civitas, Madrid, 2007.

⁵² WAI, R., «The commercial activity exception to sovereign immunity and the boundaries of contemporary international legalism», en *Torture as tort. Comparative perspectives on the development of*

Se ha sostenido también que acciones civiles por violación de los derechos del hombre podrían prosperar frente a la inmunidad del Estado demandado, acogidas a la *tort exception*; no obstante, la opinión no es unánime, entre otras cosas porque para que la cláusula produzca el resultado querido suele exigirse que concurren condiciones de vinculación espacial entre el hecho y el foro; y estas restricciones podrían hacerla inoperativa en muchos casos⁵³.

La denuncia de la distinción entre actos *iure imperii-iure gestionis* en el tratamiento de las excepciones a la inmunidad se acompaña de otros intentos dotados de cierto eco en la práctica. Uno es la llamada a la jerarquía de normas: cuando la lesión de uno de los derechos humanos constituye al tiempo violación de una norma de *ius cogens*, como sucede con la prohibición de la tortura, se dice que la inmunidad debe ceder. De origen americano⁵⁴, la teoría ha tenido acogida en Europa entre los jueces⁵⁵. Parecida es la idea que sostiene que los actos soberanos que transgreden una norma de *ius cogens* pierden su naturaleza *iure imperii*⁵⁶. Cercana a ambas se encuentra la propuesta conforme a la cual el Estado que atenta contra un derecho humano pierde voluntariamente su inmunidad⁵⁷ o renuncia de manera implícita a ella⁵⁸.

Contra la inmunidad y a favor de la jurisdicción de un Estado diferente al acusado se ha esgrimido también el derecho del particular de acceso a la justicia, al que se atribuye un carácter materialmente superior en caso de conflicto irresoluble: así,

transnational human rights litigation, ed. por Scott, C., Hart Pub., Oxford, 2001, pp. 213-245, *esp.* pp. 217-218, *esp.* pp. 232-239.

⁵³ VON HEIN, J., p. 216, con otras citas.

⁵⁴ Aparece de la mano de BELSKY, A.; MERVA, M., y ROTH-ARRIAZA, N., «Comment: implied waiver under the FSIA. A proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of international law», *California Law Review*, vol. 77 (1989), pp. 365-416.

⁵⁵ Fue la opinión minoritaria expresada por los jueces del TEDH en *Al-Adsany v. United Kingdom*, as. 35763/97, resuelto el 21 de noviembre de 2001 con otros dos. En el mismo sentido, las opiniones de Lord Hope en *Pinochet núm. 3*, o del juez Al-Khasawneh en la decisión de la CIJ *Congo c. Bélgica*, de 1 de abril de 2000. Aunque hay distintas interpretaciones, a veces se citan también como apoyo *Prefectura de Voiotia c. República Federal de Alemania*, de la Corte Suprema griega, y *Ferrini c. Alemania*, de la italiana (*infra*, en este mismo epígrafe). Para un resumen en la doctrina, con referencias a favor y en contra, REECE THOMAS, K., SMALL, J., «Human rights and state immunity: is there immunity from civil liability for torture?», *NILR*, 2003, pp. 1-30, *esp.* pp. 2-19; FOX, H., «State immunity and other norms of International Law: possible methods of accommodation», en *Liber Memorialis Petar Sarcevic*, Sellier, 2006, pp. 545-564.

⁵⁶ Véase KESSEDIAN, C., p. 156, «la violación de los derechos del hombre no constituye un acto propio de la naturaleza o finalidad de un Estado de derecho». En España vide CHUECA SANCHO, A. G., «Sentencia del TS alemán, de 26 de junio de 2003, en el caso de la masacre de Distomo (ciudadanos griegos contra la RFA)», *REDI*, 2004 (1), pp. 508-511, desde la perspectiva del análisis funcional de la inmunidad (p. 509: si examinamos para qué concede el Derecho internacional público la inmunidad jurisdiccional (para preservar su independencia, no para transformarlo en un Estado delincuente o asesino)...». Vide, por poner otro ejemplo, en Italia la *Sentencia de la Corte di Cassazione*, de 3 de agosto de 2000, *Riv. Dir. Int.*, 2000, pp. 1155-1161, y la argumentación de la Federazione italiana lavoratori trasporti ed al.

⁵⁷ KOKOTT, J., «Missbrauch und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei gravierenden Völkerrechtsverstößen», *Festschrift für R. Bernhardt*, Springer Verlag, 1995, pp. 135-151, *esp.* pp. 148-149.

⁵⁸ Expresamente excluida en EEUU por *Prinz v. Federal Republic of Germany* (1994) –si bien con la opinión disidente del Juez Wald–, es la idea determinante de la decisión del Areios Pagos en *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*. Se pronuncian contra el argumento numerosos autores: vide por ejemplo HESS, B., «Staatimmunität bei Menschenrechtsverletzungen», en *Wege zur Globalisierung des Rechts*, *Festschrift für R.A. Schütze*, Munich, 1999, pp. 269-285, *esp.* p. 282; VON HEIN, J., pp. 216-217.

cuando al actor no le quede una vía alternativa para resolver la controversia⁵⁹. El TEDH ha emitido ya varios pronunciamientos restando fuerza al argumento de la tutela judicial efectiva⁶⁰. Cabe traer a colación, no obstante, su pronunciamiento de 12 de diciembre de 2002, en el caso *Kalogeropoulou y otros c. Grecia y Alemania* (as. 59021/00)⁶¹, donde, tras señalar que no se ha podido establecer en Derecho Internacional la imposibilidad para los Estado de parapetarse tras la inmunidad en caso de acciones civiles de responsabilidad por crímenes internacionales ante otros Estados, el órgano añade que «Il ne saurait donc être demandé au gouvernement grec d'outrepasser contre son gré la règle d'immunité des États»; y que «cela est au moins vrai pour la situation du droit international public actuelle, [...] ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur».

Finalmente, algunas voces abogan por una excepción con fundamento y autoridad específicos, para determinados comportamientos del Estado o imputables al Estado, realizados contra derechos humanos. Si la práctica de, por ejemplo, la tortura en tiempo de guerra no es un acto de mera gestión, ¿hemos de entender que nos hallamos entonces ante uno *iure imperii* – con todo lo que ello implica⁶²?

34. Las reclamaciones en *Distomo*, *Ferrini*, ejemplos europeos de *transnational human rights litigation*, son coetáneas de esta tendencia a restar alcance a la inmunidad de los Estados; y ejemplos reales de restricciones «de nuevo cuño». Ya vimos más atrás (núm. 28) el razonamiento de los Tribunales griegos; según la lectura común del supuesto italiano, *Ferrini*, la inmunidad se rechazó por entender el Tribunal que Alemania había incurrido en violación de normas de *ius cogens*. No se niega la calidad soberana de las operaciones militares de Alemania; sí que acerca de ellas sólo posea jurisdicción este Estado.

2. (Paradójica) Independencia de los criterios de interpretación de los instrumentos comunitarios de Derecho procesal civil internacional

35. ¿Tienen alguna incidencia los debates acerca de la inmunidad sobre la delimitación material del CBr–hoy, los Reglamentos con el mismo ámbito material? De

⁵⁹ Vide la STC núm. 140/1995, y opinión crítica de la doctrina, ESPÓSITO MASICCI, C. D., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «El artículo 24 de la Constitución y la inmunidad civil de los agentes diplomáticos extranjeros (a propósito de la STC 140/1995)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1996, pp. 257-292. En Francia la idea de *déni de justice* se esgrime contra la inmunidad en la *Sentencia de la Cour d'Appel de Paris de 7 de noviembre de 1983*, *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 1984, pp. 343-349, n. LAGARDE, P.; *Sentencia de la Cour de Cassation, de 14 de noviembre de 1995*, *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 1996, pp. 337-343, n. MUIR WATT, H.; *Sentencia de la Cour d'Appel, de 7 de octubre de 2003*, *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 2004, pp. 409-423, n. AUDIT, M. (con una explicación distinta). Vide también Fox, H., «Where does the buck stop? State immunity from civil jurisdiction and torture», *Law Quarterly Review*, 2005, pp. 353-359, esp. p. 358.; o GAUDEMET TALLON, H., *Cours général de droit international privé, Recueil des Cours.*, vol. 312 (2005), núms. 522-536, que en el conflicto entre la inmunidad y el derecho de acceso al juez distingue entre conflictos «simples» y «agravados», siendo estos los que surgen al hilo de las demandas de reparación por violación de un derecho fundamental.

⁶⁰ En *Beer y Regan c. Alemania*, as. 28934/95; (1999) *McElhinney c. Irlanda*, as. 31253/96 (2001); *Al-Adsany c. Reino Unido*, as. 35763/2001 (2001); *Fogarty c. Reino Unido*, as. 37112/97 (2001).

⁶¹ Antecedente estatal de la decisión TEDH es el caso *Distomo*.

⁶² REECE THOMAS, K., SMALL, J., pp. 22-26, reconocen (aunque *reluctantly*) que se trata de un acto *iure imperii*; por eso se pronuncian a favor de una excepción propia.

entrada, la respuesta es negativa: la cuestión que estos documentos regulan es distinta –distribución de la competencia judicial internacional–; y la pregunta sobre las controversias a que se da cobertura se resuelve conforme a parámetros propios –las necesidades que vayan surgiendo de cara a la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

36. Y sin embargo, la razón (política) por la cual hoy se hace una mención expresa a los *acta iure imperii* en el Reglamento (CE) núm. 805/04 está en la negación por parte del *Areios Pagos* de la inmunidad de Alemania, demandada ante él por daños.

37. Es discutible la legitimidad de esta finta que, para eludir posibles recortes a la inmunidad jurisdiccional, se apoya en la delimitación de un instrumento sobre un problema distinto. Su sentido, en cualquier caso, es claro; declara que lo que suceda con la excepción de inmunidad en su sede propia (el Derecho internacional público), es irrelevante a efectos de la aplicabilidad del régimen comunitario de competencia judicial y de reconocimiento, que se mantiene firme en la exclusión de las demandas si, en las relaciones entre las partes en litigio, una de ellas ostenta facultades exorbitantes y ejercita poder público. La decisión del as. C 292/05 confirma esto. Ratifica además la independencia del juicio del TJCE cuando en los núms. 40, 43 y 44 niega cualquier relevancia a la licitud o ilicitud de los actos del Estado –un dato que, hemos visto, interesaría en cambio de cara a privarle de la inmunidad–. La autonomía de la argumentación del discurso del órgano interpretativo se consolida, no sólo *porque* se descarta atender a la licitud o ilicitud del comportamiento del Estado, sino también, y sobre todo, porque para esa negativa alega sólo motivos *basados en el sistema*⁶³.

3. Valoración

38. Pensando en términos de mecanismos de protección de los derechos del hombre, tanto la enmienda al artículo 1 CBr en el artículo 2 del Reglamento sobre título ejecutivo, como la decisión del TJCE en el as. C 292/05, son una mala noticia. Lo son desde la perspectiva de esa particular forma de defenderlos que es la *transnational human rights claims*⁶⁴; y lo son también desde un punto de vista más global, como ejemplo de rechazo a incorporar la «lógica de los derechos humanos» a instrumentos del Derecho Internacional Privado⁶⁵. La recepción de esta lógica puede hacerse en distintos grados: mantener la neutralidad frente a los avatares de la inmunidad de jurisdicción, en lugar de ponerse al servicio de una de las posiciones (la alemana, opuesta a la mantenida por Grecia) habría sido posible. En la dirección opuesta, el más extremo sería la apertura a las corrientes de oposición a la inmunidad de jurisdicción de los Estados que transgreden las normas de derechos humanos,

⁶³ El TJCE goza así de una libertad que puede utilizar para una actitud más o menos activista (por ahora, menos) en materia de *transnational human rights claims*.

⁶⁴ Partimos de considerar que cualquier fórmula concebida para reivindicar los derechos humanos posee una bondad intrínseca por el hecho de servir a tal fin. Más allá de esa consideración cabe discutir la aptitud del mecanismo de la demanda, por múltiples motivos.

⁶⁵ Vide el desarrollo de la idea de incorporación de la lógica de derechos humanos al DIPr., si bien a partir del artículo 6 CEDH, en FAWCETT, J. J., «The impact of article 6.1 of the ECHR on Private International Law», *ICLQ*, 2007, pp. 1-48.

acompañando a ellas la delimitación de la materia civil y mercantil; técnicamente bastaría con realizarla (la delimitación) a partir de la naturaleza del objeto del litigio, esto es, de la reclamación de daños. No vamos a entrar a valorar ahora (cuando todavía la existencia de una salvedad a la inmunidad está en el aire) la oportunidad de esta maniobra, cuya legitimidad depende, en todo caso, de que no conlleve traicionar la lógica o razón de ser propia del CBr/Reglamentos, herramientas con una finalidad específica en un marco estructural –el de la integración europea– particular.

39. Es verdad que la consecuencia de calificar la materia «civil o mercantil» como ha señalado el TJCE en *Lechouritou* y denotan los textos legales sólo va a tener por consecuencia la inaplicación de éstos; es decir, los Estados de la Unión podrán conocer de casos de reclamación de daños al amparo de sus legislaciones autónomas⁶⁶. Ahora bien, las resoluciones que dicten no se beneficiarán del régimen de reconocimiento previsto en la Comunidad: su circulación no será libre. En este sentido, la opción de la Comunidad se separa de la que en su momento fue asumida por la Conferencia de La Haya en su frustrado Proyecto de Convenio Mundial de exequátur, artículo 18. De la lectura del precepto deriva, en principio, que nos encontramos ante un supuesto de la «lista gris», esto es, ante criterios de competencia no consagrados por el Convenio que los Tribunales de los Estados están sin embargo autorizados a seguir utilizando, sin que el resto de los contratantes vengan obligados a reconocer las resoluciones que se pronuncien con base en ellos⁶⁷. No obstante, el margen de decisión dejado a los Estados para diseñar el criterio de competencia está constreñido a opciones calculadas, ofrecidas en el propio precepto; y según el Informe⁶⁸, la Comisión Especial rechazó excluir estos procedimientos del ámbito material del Convenio, argumentando que de hacerlo las decisiones no se beneficiarían de su régimen de reconocimiento, pese a haber sido dictadas con base en una regla admitida por el propio Convenio: lo que nos sitúa en el marco de la «lista blanca»⁶⁹.

4. Alguna cuestión abierta

40. Habida cuenta de que la exclusión de las acciones de responsabilidad contra el Estado por acciones u omisiones.... atiende al criterio del ejercicio de autoridad, es irrelevante preguntarse por el tipo de «responsabilidad» contemplada en el precepto. Nos limitaremos a decir, pues, que no se indica en el texto comunitario reformado que sea sólo la extracontractual; y que aunque lo más frecuente es que sea ésta la que concurre en los casos de violaciones graves de derechos humanos, en algunos, sin embar-

⁶⁶ Contra la opinión con que GÄRTNER, V., cierra su estudio La cobertura de las acciones por los regímenes residuales no asegura que el proceso vaya a tener lugar: depende de qué ocurra con la inmunidad del demandado.

⁶⁷ Vide VON MEHREN, A. T., «Drafting a Convention on international jurisdiction and the effects of foreign judgments acceptable world-wide: can the Hague Conference Project succeed?», *American Journal of Comparative Law*, vol. 49 (2001), pp. 191-202.

⁶⁸ Informe de la Comisión Especial, redactado por NYGH, P., y POCAR, F., publicado como parte del Documento preliminar núm. 11 de agosto de 2000.

⁶⁹ Aunque en realidad no llegó a estar nunca claro que las decisiones basadas en el artículo 18 (3) fueran aptas para el reconocimiento conforme al artículo 25 del Proyecto: HESS, B., «Die Anerkennung eines Class Action settlement in Deutschland», *JZ*, 2000, pp. 373-382, *esp.* p. 381.

go, hay datos para concebir o intentar la reclamación en términos contractuales: así, en la situación de trabajos forzados, reconduciendo el asunto a un contrato de trabajo⁷⁰.

41. Más interés tiene la cuestión del alcance subjetivo de la exclusión de las demandas de responsabilidad: esto es, qué extensión tiene la referencia al «Estado». El tipo habitual de *transnational human rights claims* en el país de referencia en lo que atañe a estas acciones, EEUU, no es la que se entabla contra un Estado, protegido por la inmunidad, sino contra un particular (funcionarios, oficiales) relacionado con él, que es llamado a juicio *in a private capacity* para evitar la traba⁷¹. Últimamente también son blanco de las demandas sociedades multinacionales, con presencia en países poco desarrollados y con escasa cultura democrática, se benefician de la desprotección de los ciudadanos, con frecuencia con el beneplácito o el apoyo directo de Gobiernos interesados en atraer inversiones⁷².

42. Para el supuesto de los órganos estatales, en la medida en que sus actos se imputan al Estado deberíamos aceptar que la mención a éste comprende también a aquellos^{73 74}; siempre, claro está, que su actuación sea de las que cabe encuadrar en el ejercicio de poder público (el TJCE, recordemos, ha negado relevancia al mero hecho formal de ostentar la cualidad de funcionario estatal). En este sentido es razonable suponer que si el protagonista de un acto de violencia que atenta contra el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, de un civil, es un agente estatal con un determinado estatuto (pertenencia a fuerzas armadas o de seguridad), la ley pone a su disposición una ventaja o poder de la que no disfrutaban los particulares en sus relaciones; y que el dato de poseerlos repercute también sobre el régimen de responsabilidad exigible. Siendo ello así, se dará «un ejercicio de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables a las relaciones entre particulares». Será indiferente a estos efectos, porque así lo ha dicho el mismo TJCE, la licitud del comportamiento en el supuesto concreto, por gozar el autor del daño de la cobertura del mandato de un superior o de

⁷⁰ Vide *Sentencia de la Cour de Cassation, de 2 de junio de 2004*, *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 2005, pp. 80-89, n. MUIR WATT, H. OKUDA, Y., «The law applicable to governmental liability for injuries to foreign individuals during World War II», *Yearbook of Private International Law*, 2001, pp. 115-135, esp. p. 130, da cuenta de una sentencia del Tribunal de Tokyo de 30 de noviembre de 2000, que a propósito de las *comfort women* filipinas defendió la existencia de un contrato entre el gobierno y los empleadores de las prostitutas forzadas.

⁷¹ Como ejemplos citamos los casos más célebres: *Filartiga v. Peña Irala*, 630 F.2d 876 (1980), *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), entre otros muchos. En algún supuesto, como *In re Estate of Marcos Human Rights Litig.*, 978 F.2d 493 (1992), *cert. denied*, 508 US 972 (1993), la inmunidad no fue obstáculo porque el Estado concernido se abstuvo de invocar el privilegio.

⁷² En España, ZAMORA CABOT, F. J., «Casos recientes de aplicación del *Alien Tort Claims Act (ATCA) of 1789* respecto de las corporaciones multinacionales», en *Pacis Artes. Libro Homenaje al Profesor J.D. González Campos*, vol. II, Madrid, 2005, pp. 1837-1855; «Una luz en el corazón de las tinieblas: el *Alien Tort Claims Act of 1789 (ATCA) de los Estados Unidos*», en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pp. 1381-1394.

⁷³ GEIMER, R., «Öffentlich-rechtliche Streitgegenstände», *IPRax*, 2003, pp. 512-515, esp. p. 514. También VON HEIN, J., p. 220. DÖRR, O., p. 190. La proyección del motivo subyacente al texto del artículo 2.1 del Reglamento (CE) núm. 805/04, que lo conecta con cuestiones de inmunidad de jurisdicción, probablemente conduzca al mismo resultado, aunque el privilegio no sea idéntico para todos sus beneficiarios.

⁷⁴ Entendemos que es una cuestión distinta la del Estado que responde subsidiariamente. Véase, en este sentido, la decisión del TEDH, de 1 de julio de 1997, *Rolf Gustafson c. Suecia*, que califica como *civil* a efectos del artículo 6 CEDH el litigio sobre una pretensión de indemnización contra el Estado, prevista por ley para los casos en que resultara imposible a la víctima identificar al autor de los daños.

una ley, o su ilicitud, porque el oficial investido de autoridad no la tuviera precisamente para los actos que generaron el daño, porque no se le hubieran dado las órdenes concretas, porque se extralimitara en relación con ellas, o porque fuera ilícita la propia previsión legal. Algo que a nuestro juicio puede derivar en una situación paradójica, si conforme a la ley aplicable la ilicitud del acto anula la prerrogativa y la ventaja de su autor sobre los meros particulares. Repárese en que en estas circunstancias no sólo podrá sostenerse que falta el ejercicio de poder público, sino incluso que lo que falta es una persona pública en la relación⁷⁵: requisito que hasta ahora había sido previo a toda duda sobre la calificación de una materia como «civil» en el CBr⁷⁶.

Una cuestión más es imaginable todavía en relación con las demandas contra funcionarios, órganos o agentes de un Estado. Pensando en ellas cobra importancia la pregunta a la que hacíamos referencia más atrás, núm. 14, sobre la pervivencia y el valor de otros indicios que también han empleado el TJCE en su interpretación del artículo 1 CBr: en particular, el enunciado en la STJCE, de 21 de abril de 1993, as. C 172/91, *Sonntag*, que atiende a que un particular asuma funciones idénticas a las de la autoridad. Piénsese que determinadas actividades, como las militares, sólo pueden ser acometidas por quien posee un aparato organizativo, exigiéndose a veces que sea de cierta envergadura; otras, en cambio, están físicamente al alcance de cualquier individuo con independencia de su estatuto. Desde esta perspectiva (y salvo correctivos por otras consideraciones), la reclamación por daños contra un agente del Estado por, por ejemplo, tortura o esclavismo, podría ser materia civil a efectos del CBr/Reglamento;

43. A nuestro juicio todo lo que hemos dicho vale en el caso de las sociedades: en tanto que nacionalizadas o públicas, las demandas contra ellas deberán recibir el mismo trato que el Estado; no, en tanto que empresas privadas⁷⁷. El apoyo que *de facto* reciban de los gobiernos, la complicidad que mantengan con las autoridades, el que finalmente actúen de hecho como un brazo más de éstas, no debe alterar la conclusión.

VI. CONCLUSIONES

44. El siglo xx ha sido el de la reivindicación de los derechos humanos. Quienes hemos vivido sus dos últimas décadas hemos sido testigos de una manifestación muy especial del fenómeno a ambos lados del Atlántico y del Pacífico: la promoción

⁷⁵ Cabe traer a colación el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la International Law Commission (Resolución de UN 56/83, de 12 de diciembre de 2001); en el comentario al art. 7 se indica que si el actor está «purportedly or apparently carrying out their official functions», el acto implica al Estado siendo indiferente que el sujeto se haya excedido en su autoridad o incluso haya desobedecido instrucciones recibidas.

⁷⁶ Vide precisamente en este sentido la posición crítica que el Abogado General Ruiz-Járábo Colomer desarrolla en su nota al pie núm. 38.

⁷⁷ BETLEM, G., «Litigation against MNCs: Transnational litigation in the Netherlands», en *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kamminga M. T., y Zia-Zarifi, S. (eds.), Kluwer, 2000, pp. 283-305, *esp.* pp. 284-289; DE SCHUTTER, O., «The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law», en Alston, PH. (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005, pp. 226-314.

y la interposición de demandas por parte de individuos singulares o grupos de individuos, que denuncian la comisión de actos condenados por el Derecho Internacional, contra sus derechos humanos esenciales, por parte de otros individuos, de corporaciones, o de Estados, y reclaman reparación ante los Tribunales domésticos.

Las acciones aludidas responden a un modelo innovador de controversia en la que sujetos privados llevan a empresas, gobiernos oficiales y naciones ante las jurisdicciones nacionales, invocando derechos y remedios en una combinación de Derecho doméstico y Derecho internacional público⁷⁸. El surgir de este modelo responde a una conjunción de circunstancias: el desarrollo de la concepción del individuo como coprotagonista del Derecho Internacional Público a partir de la segunda mitad del siglo xx, hermanada con el movimiento de los derechos humanos; el incremento del número de supuestos de violación de estos derechos, el déficit en el Derecho Internacional Público de herramientas para conseguir de forma coactiva su respeto, cuando no es voluntario; la frustración demostrada de los caminos previstos para la reparación de los damnificados⁷⁹.

45. La privatización de las demandas relativas a los derechos humanos ha recibido el apoyo de buena parte de la doctrina científica americana; en Europa son menos altas las voces que hacen eco, aunque existen.

Recientemente, instituciones de la Comunidad Europea han tomado posición acerca de las *transnational human rights claims* entabladas contra Estados, a través de actuaciones en el marco de la cooperación civil internacional. Su reacción, en forma de rechazo, ha quedado patente en la STJCE de 15 de febrero de 2007, al as. C 292/05 a propósito del CBr; y con mayor fuerza, en virtud del origen (legal) de la norma y su tipo (un Reglamento comunitario), en la redacción del artículo sobre ámbito material del Reglamento (CE) núm. 805/04, por el que se establece un título ejecutivo europeo sobre títulos no impugnados; y los que le siguen.

46. Con independencia de que desde la perspectiva de los derechos humanos la toma de postura comunitaria (y se cuestione incluso la legitimidad de alguna de sus razones) pueda decepcionar, lo cierto es que considerando el marco en que se produjo no sorprende. De entrada, porque si en un primer nivel lo que estaba sobre la mesa era la delimitación de normas de DIPr comunitario, en un segundo nivel, como telón de fondo, aparecía el tema particularmente sensible (y encomendado todavía, pese al progreso de la integración europea, al nivel intergubernamental) de la política exterior y de defensa.

47. En segundo lugar, que las *transnational human rights claims* contra Estados queden al margen del régimen procesal comunitario se comprende a la luz de lo siguiente. Ante una demanda como la que dio lugar a la resolución del Areios Pagos, en *Distomo*; o de la Corte de casación en *Ferrini*; o la que ha suscitado la cuestión prejudicial en el as. C-292/05, no estamos ante una de las situaciones para las cuales se concibió y pervive la necesidad de herramientas como el CBr sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil, y su

⁷⁸ KOH, H. H., acuñó el término «transnational public law litigation» en el artículo del mismo título (*Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, pp. 2347-2401) para referirse al modelo descrito.

⁷⁹ Vide a modo de ejemplo, de estas limitaciones en la misma Europa, las preguntas parlamentarias E-1574/04, o la pregunta E-2238/04, a propósito de las restituciones y de los fondos de ayuda de la República Checa a las víctimas del holocausto, y sus respectivas respuestas.

progenie. El *leit motif* de estos instrumentos es tutelar al particular con el fin de estimularlo en el ejercicio de las libertades comunitarias, especialmente en el marco del comercio; el CBr y los Reglamentos que le siguen y perfeccionan son instrumentos de corte neoliberal que quieren potenciar la actividad económica transnacional, reforzando la confianza de los operadores en el mercado transfronterizo. Muy ajena a todo esto quedan los asuntos de política exterior o de defensa de cada Estado; también (al menos, a simple vista) las violaciones de derechos humanos⁸⁰. Estas reflexiones pesan más cuando los hechos por los que se pretende enjuiciar a un Estado ocurrieron mucho antes de que las normas comunitarias sobre competencia judicial internacional fueran siquiera concebidas; pero vale también para litigios actuales en los que la responsabilidad se debe a daños causados a derechos humanos en contextos parecidos.

⁸⁰ De hecho, es discutible que las circunstancias elevadas a categoría de criterio de competencia en instrumentos como los comunitarios (y los europeos que los siguen: ejemplo, la LOPJ) sean aptas para procurar tutela judicial efectiva al actor en estas demandas. Una reflexión similar, en BAXI, U., «Geographies of injustice: human rights at the altar of convenience», en *Torture as tort. Comparative perspectives on the development of transnational human rights litigation*, Scott C. (ed.), Hart Pub., Oxford, 2001, pp. 197-212, pássim.