

LA INSOPORTABLE LEVEDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: EL CASO DE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DEL ESTADO

THE UNBEARABLE LIGHTNESS OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: THE JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE CASE

Jaume Ferrer Lloret**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTERACCIÓN NORMATIVA ENTRE TRATADO Y COSTUMBRE INTERNACIONAL III. EL ELEMENTO MATERIAL DE LA COSTUMBRE: LA VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL. IV. LA *OPINIO IURIS*: VALORACIÓN DE ACCIONES Y OMISIONES. V. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE *JUS COGENS* EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO. VI. LA FUNCIÓN DE LA CORTE ANTE LAS INCOHERENCIAS Y LIMITACIONES DEL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL. VII. LA INTERACCIÓN NORMATIVA ENTRE TRATADO Y COSTUMBRE INTERNACIONAL, Y ENTRE RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL Y COSTUMBRE INTERNACIONAL. VIII. VALORACIÓN Y CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: La Sentencia de 3 de febrero de 2012, en el *caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; intervención de Grecia)*, constituye una nueva muestra de los postulados consensualistas que presiden la labor de la Corte Internacional de Justicia, en detrimento de las tesis objetivistas que en las últimas décadas tratan de abrirse paso tomando como referencia fundamental la noción de normas de *jus cogens*. De conformidad con tales postulados, la Corte lleva a cabo el estudio y la valoración de los medios de prueba de la práctica internacional –legislaciones internas, jurisprudencia nacional, procesos codificadores y jurisprudencia del TEDH–, además de detenerse también en la existencia de la *opinio juris* que debe acompañar al elemento material de la costumbre internacional. Lo que le permite llegar a la siguiente conclusión: no existe en el Derecho internacional consuecudinario una excepción a la *regla general* de la inmunidad de jurisdicción, en el supuesto de lesiones y daños causados por las fuerzas armadas de un Estado extranjero en el territorio del Estado del foro, *en el contexto de un*

Fecha de recepción del original: 19 de octubre de 2012. Fecha de aceptación de la versión final: 14 de diciembre de 2012

** Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Alicante (jaume.ferrer@ua.es).

conflicto armado, aunque se trate de violaciones de normas de *jus cogens*. A buen seguro, el resultado que ofrece la Corte con esta Sentencia, a través de la complicada tarea de determinar el Derecho internacional consuetudinario en vigor, no ofrece una respuesta satisfactoria a los legítimos intereses que son defendidos por las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Pero el ordenamiento internacional sigue siendo un ordenamiento jurídico esencialmente interestatal, en el que los intereses de los Estados, representados por sus Gobiernos, en bastantes ocasiones, priman sobre la efectiva protección de los derechos de los particulares.

ABSTRACT: The Judgment of 3rd February 2012 in the Case concerning the Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening) serves as an instance of the consensualist postulates presiding the task of the International Court of Justice to the detriment of those objectivist theses attempting to gain relevance in the last decades, ius cogens norms being the latter's major reference. Under the said postulates, the Court carries out the analysis and appraisal of the means of proof in international practice —internal legislations, domestic case law, codification procedures and ECHR case law— and examines the existence of the opinio juris inherent in the international custom substantive element. All this allows the Court to reach the following conclusion: in Customary International Law, there cannot be found an exception to the jurisdictional immunity general rule in the event of injuries and damages caused by a foreign State's army within the territory of the forum's State, in a context of armed conflict, even if ius cogens norms have been violated. Certainly, the result offered by the Court through this Judgment, in spite of the complex task of determining Customary International Law in force, does not respond successfully to the legitimate interests defended by the victims of serious violations of human rights and International Humanitarian Law. But the international legal system continues to be an inter-State legal system essentially, where States' interests, represented by their Governments, prevail over the effective protection of individuals' rights on many occasions.

PALABRAS CLAVE: Corte Internacional de Justicia. Derecho Internacional consuetudinario. Medios de prueba de la práctica internacional. *Opinio Juris*. Inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Derecho internacional humanitario. Normas de *jus cogens*. Responsabilidad internacional del Estado. Consensualismo y objetivismo.

KEYWORDS: *International Court of Justice; Customary International Law; Means of Proof in International Practice; Opinio Juris; Jurisdiction and Execution Immunity; International Humanitarian Law; Ius Cogens Norms; International Responsibility of State; Consensualism and Objectivism.*

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del relativo auge que presenta el recurso a la Corte Internacional de Justicia (CIJ o Corte, en adelante) durante las dos últimas décadas, el órgano jurisdiccional principal que prevé la Carta de las Naciones Unidas ha tenido que enfrentarse en un buen número de asuntos a la determinación del Derecho internacional consuetudinario en vigor para resolver la controversia que los Estados partes en la misma le habían sometido¹. Ejemplo reciente de las dificultades que presenta la labor de la CIJ en este

¹ Entre otros, por ejemplo, se puede citar el caso de la Orden de detención de 11 de abril de 2000 (*RDC c. Bélgica*), fondo, Sentencia de 14 de febrero de 2002, en el que la CIJ se basa en el Derecho internacional consuetudinario para llegar a la conclusión de que el Ministro de Asuntos Exteriores en activo, en este asunto de la República Democrática del Congo, disfruta de inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción

ámbito lo constituye su Sentencia de 3 de febrero de 2012, en el *caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; intervención de Grecia)*, que a continuación será citado abreviadamente como el *caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado*.

En este asunto la CIJ ha decidido que con la actuación de sus tribunales --los cuales han negado la inmunidad de jurisdicción de Alemania ante las demandas civiles presentadas contra el Estado alemán por las víctimas de las vulneraciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas durante la Segunda Guerra Mundial por las tropas de Hitler² y asimismo han aceptado el exequatur de una Sentencia de un tribunal griego que ofrece una respuesta positiva a la demanda civil presentada por violaciones muy similares protagonizadas por el ejército alemán en Grecia durante la misma contienda³-,

penal absoluta ante los tribunales internos de un tercer Estado, en este asunto Bélgica, incluso cuando se le acuse de ser responsable de crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra.

² Tales violaciones graves del Derecho internacional humanitario se aceptan como hechos probados por la Corte. En resumen, se trata de las masacres contra civiles desarmados (unos 203) cometidas en Civitella in Val di Chiana, Cornia y San Pancrazio, por las tropas alemanas en junio de 1944; y la detención y posterior deportación de civiles italianos, así como miembros de las fuerzas armadas italianas, para ser sometidos a trabajos forzados en fábricas alemanas. Como señala la Corte, la ilegalidad de la conductas atribuidas a Alemania no se discute, pero “the question for the Court is whether or not, in proceedings regarding claims for compensation arising out of those acts, the Italian courts were obliged to accord Germany immunity”: párrafo 52. Más en concreto, la Sentencia pionera de los tribunales italianos en este ámbito es la Sentencia de la Corte de Casación de Italia de 11 de marzo de 2004, en el caso *Ferrini v. Federal Republic of Germany* (*Rivista di diritto internazionale*, vol. 87 [2004], pp. 539 y ss.), en la que se mantiene que los tribunales italianos pueden ejercer su jurisdicción sobre los hechos que se atribuyen a Alemania (detención y deportación del señor Ferrini para someterlo a trabajos forzados en una fábrica de municiones situada en territorio alemán), sin que Alemania pueda alegar su inmunidad de jurisdicción, teniendo en cuenta que tales hechos son constitutivos de crímenes internacionales. Esta jurisprudencia será aplicada por los tribunales italianos en otros asuntos posteriores, entre otros, en la Sentencia de la Corte de Casación de 21 de octubre de 2008 (*Rivista di diritto internazionale*, vol. 92 [2009], pp. 618 y ss.), en la que se condena a Alemania a pagar una indemnización por los asesinatos cometidos por un oficial alemán, Max Josef Milde, miembro de la Hermann Göring, en Civitella in Val di Chiana, Cornia y San Pancrazio el 29 de junio de 1944.

³ El 10 de junio de 1944, en la población griega de *Distomo* fueron asesinados más de 200 civiles a manos de tropas alemanas. Los parientes de las víctimas presentaron en 1995 una demanda civil ante los tribunales griegos exigiendo una indemnización a las autoridades alemanas. En las citadas sentencias de 25 de septiembre de 1997 y de 4 de mayo de 2000, se condena a Alemania a pagar una indemnización a las víctimas. Pero el Ministro de Justicia de Grecia no da la autorización exigida en su ordenamiento para ejecutar los bienes alemanes en territorio griego, y los demandantes tratan, también sin éxito, de ejecutar la sentencia recurriendo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany*, Decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2002, App. Nú. 59021/00, en la que el TEDH concluye que los demandantes no tienen derecho a la ejecución de una sentencia contra un Estado extranjero que disfruta de inmunidad de jurisdicción en aplicación del Derecho internacional general (en la doctrina, *vid.* para un análisis de la jurisprudencia del TEDH, KLOTH, M., *Immunities and the Right of Access to Court under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, 2010, pp. 88-107). Y también ante los tribunales alemanes, con el mismo resultado: Sentencia de la Corte Suprema Federal Alemana de 26 de junio de 2003. A continuación, acuden ante los tribunales italianos, quienes aceptan el exequatur de la Sentencia del Tribunal Supremo en el asunto de *Distomo*, mediante la citada decisión de 13 de junio de 2006 de la Corte de Apelación de Florencia y como confirma la Corte Italiana de Casación mediante sus Sentencias de 6 de mayo de 2008 (*Rivista di diritto internazionale*, vol. 92 [2009], pp. 594 y ss.) y de 20 de mayo de 2011, en el asunto *Germany v. Autonomous Prefecture of Vojotia*.

Italia vulnera las normas consuetudinarias que reconocen la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de Alemania ante los tribunales de terceros Estados. Se trata, por tanto, de una controversia que es dirimida por la CIJ de conformidad con el art. 38.1 b) de su Estatuto, aplicando “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”, al no existir ninguna norma convencional que vincule a los dos Estados parte, Alemania e Italia y que regule la materia objeto de dicha controversia⁴.

La Sentencia de 3 de febrero de 2012 ofrece, por consiguiente, un buen referente para poner de manifiesto la concepción del Derecho internacional consuetudinario que aplica la CIJ en su jurisprudencia. Se trata, en definitiva, de comprobar si con su jurisprudencia más reciente la CIJ está contribuyendo y en qué dirección, a dar respuesta a un “problema clásico” del Derecho internacional, como es el referido a la fundamentación del ordenamiento internacional y su proyección en los procesos de formación, modificación y aplicación de normas que se dan lugar en el seno de este ordenamiento jurídico. Por tanto, con este estudio se pretende valorar la argumentación jurídica que ofrece la Corte en este caso, en el marco del debate entre los defensores de las tesis consensualistas y los partidarios de las tesis objetivistas⁵. Para lo que es necesario un previo análisis detallado del contenido sustantivo de esta Sentencia. Ya se puede avanzar que, como se va a evidenciar, la Corte se posiciona con toda claridad a favor de las tesis consensualistas, como viene manteniendo en su jurisprudencia anterior⁶.

En efecto, para resolver este asunto la Corte se enfrenta a la difícil tarea que supone determinar el Derecho internacional consuetudinario en el marco de un ordenamiento jurídico profundamente descentralizado, como es el ordenamiento internacional contemporáneo. Como se demostrará a continuación, la Corte lleva a cabo un esfuerzo de reconstrucción del Derecho aplicable a través del análisis de los medios de prueba de la práctica internacional, con el objetivo de precisar el contenido y alcance de la norma internacional consuetudinaria que da respuesta a la controversia que enfrenta a Alemania e Italia. Con el presente trabajo se opta así por el estudio de la vertiente más sustantiva de las soluciones que asume la Corte en este caso; dada la extensión de este artículo no se van abordar sus aspectos más adjetivos o procesales, a pesar del interés que presentan y sin perjuicio de alguna referencia puntual a los mismos en las páginas que siguen⁷.

⁴ Como explica con toda claridad la Corte en los párrafos 53 a 55 de la Sentencia de 3 de febrero de 2012.

⁵ *Vid.* en la doctrina española, para una posición que propugna la síntesis y el equilibrio de estas dos grandes corrientes, CARRILLO SALCEDO, J.A., “El fundamento del Derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico”, *REDI*, vol. L (1998), 13-31, pp. 29-31.

⁶ *Cf.* FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho internacional*, Barcelona, 2006, pp. 226-232.

⁷ Este caso se inicia a raíz de la demanda que presenta Alemania contra Italia el 28 de diciembre de 2008 y la Corte tarda 3 años, un mes y seis días en resolverlo con su Sentencia de 3 de febrero de 2012. Entre otras cuestiones de naturaleza preponderantemente –aunque no exclusivamente, ni mucho menos– adjetiva o procesal, merece ser mencionada la Orden de 6 de julio de 2010, con la que la Corte rechaza por trece votos a favor, incluido el juez *ad hoc* propuesto por Italia, Gaja, y uno en contra, el juez Cançado Trindade, la contra demanda o demanda reconventional, con la que Italia pedía a la Corte que

A estos efectos, y siguiendo en buena medida el iter argumental del que hace uso la Corte para resolver este caso, en el siguiente epígrafe se dará cuenta de la posición jurídica que mantiene la Corte sobre las interacciones entre tratado y costumbre en este sector de normas del ordenamiento internacional que regula la inmunidad de jurisdicción. A continuación, aunque íntimamente vinculado con el anterior epígrafe, se estudiará el análisis de los medios de prueba de la práctica internacional que lleva a cabo la CIJ en este caso con el objetivo de dotar de contenido al elemento material de la costumbre internacional. Asimismo, una epígrafe aparte, aunque también muy vinculado con los dos anteriores, merecen las referencias de la Corte al denominado elemento espiritual de la costumbre internacional, la *opinio juris*. Después, se estudiará la relación que concibe la Corte entre la existencia de normas de *jus cogens* y su aplicación en el marco del Derecho internacional consuetudinario y de la competencia de las jurisdicciones internacionales. También se abordan, en el epígrafe que sigue, las explicaciones o más bien lamentaciones que lleva a cabo la Corte sobre las incoherencias y limitaciones que presenta el ordenamiento internacional en el ámbito de la protección de los derechos del particular. El penúltimo epígrafe está dedicado de nuevo a las interacciones entre tratado y costumbre y entre resolución de la Asamblea General (AG) y costumbre, esta vez con referencia a la inmunidad de ejecución, y al cese y la reparación del hecho ilícito cometido por Italia. Con el epígrafe que cierra este trabajo se ofrece una valoración general de la labor de la Corte en la aplicación del Derecho internacional consuetudinario.

fuera competente para conocer de la demanda por la responsabilidad internacional de Alemania por no haber reparado debidamente las violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas durante la segunda Guerra Mundial respecto de nacionales italianos; muy en resumen, la Corte considera que se trata de hechos que se producen antes de la entrada en vigor de la Convención Europea sobre Solución Pacífica de las Controversias, de 1957, tratado en vigor entre Alemania e Italia a partir del 18 de abril de 1964, y que constituye el fundamento jurídico de la competencia de la Corte en este caso: *Caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; intervención de Grecia)*, Contrademanda, Orden de 6 de julio de 2010, párrafo 30. Asimismo, conviene destacar la Orden de 4 de julio de 2011, con la que la Corte, por 15 votos a favor y el voto en contra del juez ad hoc Gaja, autoriza la intervención de Grecia, dado que en la demanda presentada por Alemania se alega que el reconocimiento y ejecución por parte de tribunales italianos de sentencias dictadas por tribunales griegos contra Alemania, constituye una vulneración de la inmunidad de jurisdicción que ante los tribunales italianos le corresponde a Alemania; la Corte considera, con el acuerdo o al menos la no oposición de Italia y de Alemania, que Grecia puede tener un interés jurídico en intervenir en el procedimiento de este caso, manifestando su punto de vista jurídico, aunque sin ser parte ni quedar vinculada por la Sentencia que se dicte en el mismo: *Caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; intervención de Grecia)*, Demanda de Grecia solicitando la intervención, Orden de 4 de julio de 2011.

II LA INTERACCIÓN NORMATIVA ENTRE TRATADO Y COSTUMBRE INTERNACIONAL (I)

1. La excepción por lesiones y daños cometidos en el territorio del Estado del foro: el art. 11 del Convenio Europeo y el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2004

El art. 11 del Convenio Europeo sobre inmunidad de los Estados, hecho en Basilea el 16 de mayo de 1972, en vigor desde el 11 de junio de 1976⁸, contempla una excepción a la inmunidad de jurisdicción referida a las lesiones a las personas y daños a la propiedad que tengan lugar en el territorio del Estado del foro. Este Convenio ha sido ratificado por Alemania, pero no por Italia; por consiguiente, no es un convenio en vigor que vincule jurídicamente a estos dos Estados. Por tanto, las soluciones que asume este convenio sólo pueden ser relevantes para la decisión sobre la controversia que enfrenta a los dos Estados europeos “in so far as their provisions and the process of their adoption and implementation shed light on the context of customary international law”⁹.

Pero como señala la Corte, de conformidad con el art. 31 de este Convenio y como se señala expresamente en el “Explanatory Report” que le acompaña, se excluye de su ámbito de aplicación toda cuestión referida a las inmunidades y privilegios que correspondan a un Estado parte por las acciones u omisiones llevadas a cabo por sus fuerzas armadas en el territorio de otro Estado parte, independientemente del hecho de que las fuerzas armadas estén presentes en el territorio del Estado del foro con el consentimiento o no de sus autoridades y de que los actos llevados a cabo por dichas fuerzas armadas tengan lugar en tiempo de paz o en una situación de conflicto armado¹⁰. En consecuencia, “article 31 means that the immunity of a State for torts committed by its armed forces is unaffected by Article 11 of the Convention”¹¹.

Por su parte, la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, adoptada por la AG mediante la Resolución 59/38 de 2 de diciembre de 2004 (en adelante, Convención de 2004), constituye la culminación de un prolongado proceso codificador llevado a cabo primero por la Comisión de Derecho Internacional (1977-1991) y después, en una segunda fase de naturaleza preponderantemente intergubernamental en la AG (1992-2004), en el seno de su Sexta Comisión y del Comité *ad hoc* creado a tal efecto. Se trata del primer tratado multilateral con vocación universal que articula un enfoque global frente a las principales cuestiones que se plantean en el sector de normas del Derecho internacional que regula la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro. Lo que explica que a pesar de que este Convenio todavía

⁸ El texto de este convenio traducido al español, puede ser consultado en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., “El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)”, en MANGAS MARTÍN, A. (ed.), *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, 1994, 91-223, pp. 160 y ss.

⁹ Párrafo 66 de la Sentencia de 3 de febrero de 2012.

¹⁰ Párrafo 67.

¹¹ Párrafo 68.

no haya entrado en vigor, ni, más en particular, haya sido firmado o ratificado por Alemania e Italia¹², la Corte se ocupe del análisis de las soluciones que se ofrecen en el mismo, para establecer si son declarativas o no del Derecho internacional consuetudinario que vincula a estos dos Estados y que por ende es aplicable a la controversia que han sometido a su competencia.

En este sentido, la CIJ de entrada se plantea la vigencia como expresión del Derecho internacional consuetudinario del art. 12 de la Convención de 2004, en el que se regula una excepción a la inmunidad de jurisdicción en el supuesto de muertes, lesiones y daños atribuibles al Estado extranjero cometidas en el territorio del Estado del foro¹³.

Si bien, a la hora de llevar a cabo esta valoración, la Corte va a delimitar el supuesto de hecho que origina la controversia que mantienen Alemania e Italia, ya que en su opinión, la cuestión que se suscita en el marco de la misma no es otra que determinar si el Estado extranjero tiene o no derecho a la inmunidad de jurisdicción por los actos cometidos por sus fuerzas armadas y otros órganos estatales en el territorio del Estado del foro *en el contexto de un conflicto armado*¹⁴. La Corte deja bien claro que los actos cometidos por las fuerzas armadas alemanas en Italia que son el origen de la controversia, no hay duda de que son atribuibles a Alemania, son hechos ilícitos internacionales y su naturaleza es de *acta jure imperii*. Pero la Corte no debe ocuparse de decidir si la excepción prevista en el citado art. 12 es aplicable con carácter general o no la los *acta jure imperii*, cuestión esta que presenta un alcance mucho más amplio¹⁵.

¹² Este convenio necesita alcanzar un total de 30 ratificaciones para que se produzca su entrada en vigor. En noviembre de 2012 había sido ratificado por un total de 13 Estados, a saber los siguientes: Austria, Francia, Irán, Japón, Kazakstán, Líbano, Noruega, Portugal, Rumanía, Arabia Saudí, España (el 21 de septiembre de 2011, aunque a fecha de hoy no se tiene noticia de que se haya publicado en el *BOE* el instrumento de ratificación de dicha Convención), Suecia y Suiza. Para una valoración, en conjunto positiva, de la ratificación por España de este tratado internacional, *vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3-2 (2011), 1-30, pp. 9-10 y 24-25.

¹³ Cuyo texto es el siguiente: “Lesiones a las personas y daños a los bienes. Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión”.

¹⁴ Cursiva añadida.

¹⁵ Párrafo 65. Y párrafos 60, en el que ofrece una definición de esta distinción: “The Court notes that Italy, in response to a question posed by a member of the Court, recognized that those acts had to be characterized as *acta jure imperii*, notwithstanding that they were unlawful. The Court considers that the terms “*jure imperii*” and “*jure gestionis*” do not imply that the acts in question are lawful but refer rather to whether the acts in question fall to be assessed by reference to the law governing the exercise of sovereign power (*jus imperii*) or the law concerning non-sovereign activities of a State, especially private and commercial activities (*jus gestionis*)”. Y 64, en el que la Corte advierte que si bien la CDI en sus comentarios a este precepto dejó claro en sus comentarios que la excepción a la inmunidad de jurisdicción prevista en el art. 12 no presenta un campo de aplicación limitado a los *acta jure gestionis*; varios Estados --Alemania, Estados Unidos y China--, han mantenido públicamente que el art. 12 no es expresión del Derecho internacional consuetudinario si se pretende extender su aplicación a los *acta jure imperii*.

La CIJ considera que debe circunscribir su respuesta jurídica a los hechos planteados en la demanda por Alemania, relativos, conviene insistir en ello, a las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas *en una situación de conflicto armado*.

En esta dirección, la CIJ tiene en cuenta los comentarios presentados en su día por la CDI en el sentido de que el art. 12 no se aplica a situaciones provocadas por un conflicto armado¹⁶. Asimismo, se refiere a la declaración del Presidente del Comité ad hoc en su intervención en 2004 ante la Sexta Comisión de la AG, en la que manifiesta que la Convención no resulta aplicable a las actividades militares, concepto como es obvio mucho más amplio que el de “conflicto armado”, citando a este ámbito jurídico como otro ejemplo de *lex specialis* o régimen especial no regulado por la Convención de 2004, que pretende un alcance general¹⁷. Añade la Corte que dos de los Estados que han ratificado la Convención de 2004, Noruega y Suecia, han formulado sendas declaraciones con las que manifiestan que la Convención no se aplica a las actividades militares, incluidas las actividades llevadas a cabo por las fuerzas armadas durante un conflicto armado¹⁸. Por todo ello, la Corte llega a la conclusión de que la inclusión del art. 12 de la Convención de 2004 no demuestra que el Derecho internacional consuetudinario regule una excepción a la inmunidad de jurisdicción por las muertes, lesiones y daños a la propiedad causados por las fuerzas armadas de un Estado extranjero en el territorio del Estado del foro *en el contexto de un conflicto armado*¹⁹.

En este sentido, la CIJ considera que no necesita pronunciarse sobre la naturaleza consuetudinaria del art. 12 de la Convención de 2004. Le basta con afirmar que el supuesto de hecho que da lugar a la controversia entre Alemania e Italia no entra dentro del posible campo de aplicación del mencionado precepto. Por tanto, la Corte concluye que esta norma no es de aplicación como expresión del Derecho internacional consuetudinario en el litigio que enfrenta a ambos Estados.

III. EL ELEMENTO MATERIAL DE LA COSTUMBRE: LA VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

Como ya se ha comprobado, si la Convención Europea y la Convención de 2004 no son de aplicación para resolver el apartado central de la controversia, la Corte no tiene más remedio que acudir al estudio de los medios de prueba de la práctica internacional para

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

¹⁷ A/C.6/59/SR.13, pp. 6-7.

¹⁸ En la Declaración formulada por Noruega se puede leer lo siguiente: “..., 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”. En la Declaración formulada por Suecia se puede leer lo siguiente: “..., Sweden hereby declares 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 functions”.

¹⁹ Párrafo 69 in fine, la cursiva es añadida.

establecer el contenido del Derecho internacional consuetudinario en vigor que le va a permitir dar respuesta a la demanda presentada por Alemania en este caso, en aplicación de una metodología empírica e inductiva²⁰. Según la CIJ, en el contexto del presente caso, la práctica estatal de “particular significance”, debe ser determinada a través del estudio de la jurisprudencia de los tribunales internos, la legislación interna, las posturas jurídicas asumidas por los Estados ante las demandas ante tribunales internos, así como las opiniones manifiestas en el marco del proceso codificador que ha conducido a la adopción de la Convención de 2004, protagonizado primero en el seno de la CDI y después en el marco de la Sexta Comisión de la AG²¹. Como después se volverá a insistir, la Corte no acaba de deslindar con claridad los elementos material y espiritual de la costumbre internacional, y defiende una estrecha vinculación entre ambos, hasta el punto de dotar a un mismo comportamiento estatal de la doble naturaleza de elemento material y de elemento espiritual de la costumbre internacional.

En su análisis de los medios de prueba de la práctica internacional, la Corte ordena su exposición en los siguientes apartados, con el objetivo de dar respuesta a todas las líneas argumentales esgrimidas por Italia en su defensa. La Corte asume así, de forma más o menos explícita, una posición de partida según la cual, dada la importancia que presenta la inmunidad del Estado extranjero, como corolario del principio de igualdad soberana, la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero constituye la norma general y las excepciones a la misma, en este caso relativas a actos *jure imperii*, se deben probar por el Estado que las alega, Italia²².

1. La excepción por lesiones y daños cometidos en el territorio del Estado del foro.

En primer lugar, según Italia para resolver la controversia es de aplicación la denominada excepción por lesiones y daños cometidos en el territorio del Estado del foro tal y como está regulada en el Derecho internacional consuetudinario. En esta dirección, la CIJ se detiene en el estudio de la práctica legislativa de los 10 Estados que han promulgado legislación interna con la que regulan la inmunidad de jurisdicción y ejecución del Estado extranjero. De ellos, todos menos Pakistán contemplan en su legislación interna una excepción a la inmunidad de jurisdicción en el supuesto de muerte, lesiones o daños a la propiedad causados por el Estado extranjero en el territorio del Estado del foro (Estados Unidos, Reino Unido, Sudáfrica, Canadá, Australia, Singapur, Argentina, Israel, Japón)²³.

Si bien, tanto en la legislación del Reino Unido como en la de Singapur se excluye de su ámbito de aplicación a los actos que lleven a cabo las fuerzas armadas. Por su parte, las legislaciones de Canadá, Australia e Israel excluyen de su ámbito de aplicación sólo a

²⁰ Vid. *inter alia* en la doctrina española, JIMÉNEZ PIERNAS, C., *El método del Derecho internacional público: una aproximación sistémica y transdisciplinar*, Madrid, 1995, pp. 39-51.

²¹ Párrafo 55.

²² Vid. las explicaciones que a este respecto ofrece la Corte en los párrafos 57 y 61.

²³ La legislación de los 8 primeros Estados citados se puede consultar, en versión inglesa, en DICKINSON, A.; LINDSAY, R., y LOONAM, J., *State Immunity. Selected Materials and Commentary*, Oxford, 2004, pp. 217 y ss.

los actos llevados a cabo por las fuerzas armadas de un tercer Estado que se encuentren en su territorio con su consentimiento²⁴.

En el caso de Estados Unidos, destaca que la excepción por muerte, lesiones y daños a la propiedad contemplada en su legislación está redactada con carácter general, sin excluir de su aplicación a los actos llevados a cabo por las fuerzas armadas de un tercer Estado en territorio de Estados Unidos. Y de hecho la Corte menciona el asunto *Letelier*, en el que los tribunales de Estados Unidos negaron la inmunidad de jurisdicción a Chile por el asesinato de un nacional chileno y un nacional estadounidense perpetrados por miembros de sus fuerzas armadas en territorio estadounidense. Sin embargo, la Corte advierte que no tiene noticia de ningún caso en el que los tribunales estadounidenses hayan aplicado esta excepción a la inmunidad de jurisdicción por actos llevados a cabo en territorio estadounidense por las tropas de un Estado extranjero *en una situación de conflicto armado*²⁵.

En esta misma dirección, la Corte destaca que en ninguno de los siete Estados en cuya legislación no se contiene una cláusula de exclusión general referida a las actividades de las fuerzas armadas, sus tribunales han aplicado una excepción a la inmunidad de jurisdicción por los actos cometidos por las fuerzas armadas de un Estado extranjero en el contexto de un conflicto armado²⁶.

Por lo que se refiere a la práctica de los tribunales de aquellos Estados que no cuentan con legislación interna que regule la materia, la Corte cita en primer lugar un grupo de Sentencias en las que se reconoce la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero por actos *jure imperii* cometidos por sus fuerzas armadas que se encuentran en el territorio del Estado del foro con el consentimiento de las autoridades de este último²⁷. A continuación, se detiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda en el caso *McElhinney v. Williams*, y en la posterior Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en este mismo asunto, en el que se acepta la inmunidad de

²⁴ Párrafo 71. Sobre esta cuestión insiste FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., “Las lesiones a las personas como excepción a la inmunidad de jurisdicción y su aplicación a los actos de las fuerzas armadas: una crítica a la sentencia de la CIJ en el asunto de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado*”, en *Homenaje al profesor Luís Ignacio Sánchez Rodríguez*, en prensa, epígrafe 2.3 (trabajo amablemente cedido por su autor), después del análisis del Convenio entre los Estados partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus fuerzas, hecho en Londres en 1951, además de los convenios específicos en los que se regula el estatuto concertado para las fuerzas armadas extranjeras presentes en el territorio con el consentimiento del Estado del foro, como ocurre en el caso de España con relación a las bases norteamericanas. Para este autor, siguiendo la *Dissenting Opinion of Judge Ad-Hoc Gaja*, párrafo 9, en la práctica, cuando el Estado del foro da su consentimiento a la presencia en su territorio de tropas extranjeras, se pacta un régimen de inmunidades más favorable que el genérico previsto en el Derecho internacional consuetudinario; por lo que en su opinión resulta absurdo que el Estado hostil, con tropas desplegadas sin consentimiento del Estado del foro, disfrute de conformidad con el Derecho internacional consuetudinario de un régimen de inmunidades que le proteja de cualquier demanda civil por las víctimas de violaciones graves del Derecho internacional humanitario.

²⁵ Párrafo 71, cursiva añadida.

²⁶ Párrafo 71, in fine.

²⁷ Entre otros, el caso *Littrell v. United States of America*, Sentencia de la Corte de Apelación del Reino Unido de 1995.

jurisdicción por los actos *juri imperii* de las fuerzas armadas de un Estado extranjero que se encuentran en el territorio del Estado del foro sin el consentimiento de las autoridades de este último²⁸. La Corte llega a la conclusión de que este grupo de decisiones judiciales, que no han sido contradichas por otras decisiones de tribunales internos de otros Estados, ponen de manifiesto que el Estado extranjero disfruta de inmunidad de jurisdicción por los *acta jure imperii* cometidos por sus fuerzas armadas en el territorio de otro Estado²⁹.

Más en concreto, la Corte se centra el estudio de la práctica de los tribunales internos delimitada al supuesto de hecho que es objeto de la controversia entre Alemania e Italia: la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero por los actos cometidos en el territorio de otro Estado por sus fuerzas armadas *en el contexto de un conflicto armado*. Todos los asuntos que cita están referidos a las demandas presentadas contra Alemania por violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas durante la Segunda Guerra Mundial: ante tales demandas los tribunales de Francia, Eslovenia, Polonia, Bélgica, Brasil y Alemania han reconocido la inmunidad de jurisdicción de Alemania; la misma postura mantiene el TEDH en su Sentencia de 16 de junio de 2009 en el caso *Groz v. France*³⁰. En apoyo de las tesis defendidas por los tribunales italianos la Corte sólo puede citar el ya mencionado caso *Distomo*, cuyo valor como precedente ha sido negado por la Corte Suprema Especial de Grecia en el asunto *Margelos v. Federal Republic of Germany* en su Sentencia de 4 de mayo de 2000, en la que se reconoce la inmunidad de jurisdicción de Alemania; la jurisprudencia sentada en esta última Sentencia desde entonces ha sido aplicada por todos los tribunales griegos que han dado respuesta a demandas similares³¹. Como se ha mencionado, el TEDH ha confirmado que la decisión del Gobierno de Grecia de no ejecutar la Sentencia en el caso *Distomo*, no contraviene el Convenio Europeo de Derechos Humanos³².

²⁸ *Case McElhinney v. Ireland* (App. Nú. 31253/96), Decisión de 21 de noviembre de 2001. En este asunto, el TEDH sostiene que es conforme con el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH), que se reconozca la inmunidad de jurisdicción a favor del Reino Unido ante los tribunales de Irlanda en un litigio civil en que estaba en juego la responsabilidad extrancontractual 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 británicas. Según el TEDH, “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”: párrafos 12 y 13.

²⁹ Párrafo 72 in fine.

³⁰ App. Nú. 14717/06. En el que el TEDH se limita a citar su jurisprudencia anterior en los casos *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany*, y *Al-Adsani v. United Kingdom*, ambos citados *infra*, para rechazar que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción de Alemania ante los tribunales franceses frente a una demanda civil presentada por un nacional francés que durante la Segunda Guerra Mundial fue detenido en Francia y deportado a Alemania para ser sometido a trabajos forzados, constituya una vulneración del art. 6.1 de la CEDH.

³¹ Párrafo 76.

³² *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany*, Decisión de 12 de diciembre de 2002, App. Nú. 59021/00.

Para la Corte, la práctica legislativa y judicial interna permite sostener que la inmunidad de jurisdicción por *acta jure imperii* continúa vigente con relación a las demandas civiles presentadas por actos que den como resultado la muerte, lesiones o los daños a la propiedad cometidos por las fuerzas armadas de un Estado extranjero en una situación de conflicto armado en el territorio del Estado del foro. Además, para la CIJ esta práctica se ve confirmada por la *opinio juris*, como se comprobará en el siguiente epígrafe. Asimismo, conviene destacar que la Corte parece otorgar un especial valor a la jurisprudencia del TEDH como sostén de esta conclusión, a pesar de que la jurisdicción europea se limita a decidir que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción no vulnera el derecho al acceso a la justicia previsto en el art. 6.1 del CEDH³³; lo que supone un reconocimiento expreso de las interacciones que se pueden generar, sin riesgo de contradicción o divergencia, y ni mucho menos fragmentación, entre la jurisdicción regional europea especializada en la protección de los derechos humanos y la labor más generalista que tiene encargada la CIJ de conformidad con su Estatuto³⁴.

³³ “That conclusion is confirmed by the judgments of the European Court of Human Rights to which the Court has referred”: párrafo 78.

³⁴ Cabe señalar, en esta dirección, que el TEDH mantiene una jurisprudencia muy permeable a las interacciones normativas entre el Derecho internacional convencional y el Derecho internacional consuetudinario, apoyándose a su vez en la jurisprudencia de la CIJ. En el ámbito de las inmunidades jurisdiccionales del Estado, el TEDH viene aplicando las disposiciones de la Convención de 2004 como expresión del Derecho internacional consuetudinario, en concreto su artículo 11 --en el que se regula una excepción a la inmunidad de jurisdicción referida a los procesos relativos a contratos de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio del Estado del foro--, para determinar si un Estado parte en el CEDH infringe o no el art. 6.1 --en el que se regula el derecho al acceso a la justicia--, al reconocer sus tribunales la inmunidad de jurisdicción a un Estado extranjero frente a una demanda relativa a un contrato de trabajo. Se pueden citar, en este sentido, varias Sentencias recientes del TEDH, todas ellas relativas a demandas laborales presentadas contra las representaciones diplomáticas de Estados extranjeros que han sido rechazadas por los tribunales internos al aceptar la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, en las que llega a la conclusión de que de conformidad con el mencionado art. 11 de la Convención de 2004, se ha vulnerado el art. 6.1 del CEDH: *vid. Case of Cudak v. Lithuania*, Sentencia de 23 de marzo de 2010, App. Nú. 15869/02, párrafos 66-67, en los que afirma lo siguiente: “... , it is a well-established principle of international law that, even if a State has not ratified a treaty, it may be bound by one of its provisions in so far as that provision reflects customary international law, either ‘codifying’ it or forming a new customary rule (see the *North Sea Continental Shelf cases*, *ICJ Reports 1969*, p. 41, & 71). Moreover, there were no particular objections by States to the wording of Article 11 of the International Law Commission’s Draft Articles, at least not by the respondent State. As to the 2004 Convention, Lithuania has admittedly not ratified it but did not vote against its adoption either. Consequently, it is possible to affirm that Article 11 of the International Law Commission’s 1991 Draft Articles, on which the 2004 Convention was based, applies to the respondent State under customary international law”; *Case of Sabeh el Leil v. France*, Sentencia de 29 de junio de 2011, App. Nú. 34869/05; y *Case of Wallishauser v. Austria*, Sentencia de 17 de julio de 2012, App. Nú. 156/04. En la doctrina, *vid. GARRIDO MUÑOZ, A.*, “Un paso moderado, aunque necesario y técnicamente novedoso, en materia de inmunidad de jurisdicción del Estado: comentario a la Sentencia del TEDH de 23 de marzo de 2010 en el asunto *Cudak c. Lituania*”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 21 (2010), 1-15; KLOTH, M., *Immunities...*, *op. cit.*, pp. 41-52.

2. La jurisdicción civil universal ante violaciones graves del Derecho internacional humanitario (y de los derechos humanos)

La segunda línea argumental defendida por Italia, consiste en negar la inmunidad de jurisdicción de Alemania ante demandas presentadas ante los tribunales italianos ya se trate de hechos cometidos en territorio italiano, ya se hayan cometido en el territorio de cualquier otro Estado, de conformidad con el denominado principio de jurisdicción civil universal, dado que se trata de violaciones graves del Derecho internacional humanitario –y de los derechos humanos–. Cabe recordar a este respecto que parte de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario atribuidas a Alemania que la Corte considera probadas, consisten en la detención y posterior deportación a Alemania de ciudadanos italianos para someterlos a trabajos forzados en fábricas alemanas, como así ocurre en el citado asunto *Ferrini*. Pero para la Corte, aparte de la jurisprudencia de los tribunales italianos, no existe práctica legislativa y jurisprudencial que confirme que en tales casos el Estado extranjero se vea privado de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales internos del Estado del foro, con la excepción del citado caso *Distomo*, cuya jurisprudencia a su vez ha sido corregida por la Corte Especial Suprema en el caso *Margellos*³⁵. En opinión de la CIJ, la práctica mantenida por los tribunales internos de un buen número de Estados (Canadá, Francia, Nueva Zelanda, Polonia, y Reino Unido) así lo demuestra³⁶.

Una mención aparte merece la legislación adoptada en Estados Unidos en 1996 para modificar la *Foreign Sovereign Immunities Act*, a los efectos de permitir las demandas civiles contra aquellos Estados que el Gobierno de Estados Unidos haya designado como “a State sponsor of Terrorism”. Como se volverá a insistir en el último epígrafe de este trabajo, la Corte evita enfrentarse con el estudio y valoración de la práctica legislativa y judicial de Estados Unidos, y la deja casi totalmente de lado, privándola de cualquier relevancia jurídica en el proceso de formación de normas; tanto es así, que la Corte se limita a afirmar que “this amendment has no counterpart in the legislation of other States”³⁷.

³⁵ Párrafo 35.

³⁶ La CIJ cita los asuntos *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Ontario –Canadá– de 30 de junio de 2004 de 2005), *X c. État Allemand* (Sentencia de la Corte de Apelación de París, de 9 de septiembre de 2002), *Gímenes Expósito c. République Fédérale d’Allemagne et Sté BMW Ag Munich* (Sentencia de la Corte de Casación de Francia de 2 de junio de 2004), *Grosz c. République Fédérale d’Allemagne* (Sentencia de la Corte de Casación de Francia de 3 de enero de 2006), *Fang V. Jiang* (Sentencia de la *High Court* de Nueva Zelanda, de 21 de diciembre de 2006), *Natoniewski* (Sentencia de la Corte Suprema de Polonia de 2010) y *Jones v. Saudi Arabia* (Sentencia de la Cámara de los Lores del Reino Unido de 14 de junio de 2006).

³⁷ Párrafo 36. Vid. a este respecto, FERRER LLORET, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos”, *REDI*, vol. LIX (2007), 29-63, pp. 44-52 y p. 52 en la que se concluye que con la promulgación de la citada normativa, Estados Unidos “... 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’”. Tras la Sentencia de 3 de febrero de 2012 de la CIJ, se ha señalado que “From a U.S. perspective, the Court’s reasoning might lend some support to the view that the ‘State sponsors of terrorism’ exception in the Foreign Sovereign Immunities Act, which allows suits to proceed against designated States for certain *acta jure imperii*, is inconsistent

En esta misma dirección, la Corte hace hincapié en el hecho de que ni en el Convenio Europeo de 1972 ni en la Convención de 2004 se incluye una excepción con el alcance propuesto por Italia. Más en concreto, la CIJ advierte que esta cuestión se llegó a plantear en 1999 en el Anexo al Informe elaborado por un Grupo de Trabajo creado en el seno de la CDI³⁸, pero en los debates que se celebraron en la Sexta Comisión de la AG durante los siguientes años ningún Estado se manifestó partidario de incluir dicha excepción en el proyecto de tratado que se convertiría en la Convención de 2004³⁹. Con lo que la CIJ atribuye a un mismo comportamiento estatal, en este caso de carácter pasivo, la doble naturaleza de elemento material y espiritual de la costumbre internacional, como se volverá a insistir en el siguiente epígrafe de este trabajo.

Como colofón de su argumentación, la Corte de nuevo se apoya en dos decisiones del TEDH, en los asuntos *Al-adsani v. United Kingdom*⁴⁰, y *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany*⁴¹, en los que la jurisdicción regional europea mantiene que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción ante demandas civiles por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario no es contrario al art. 6.1 del CEDH⁴².

Por todo lo anterior, para la Corte, de conformidad con el Derecho internacional consuetudinario en vigor, “a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict”⁴³. Si bien a continuación, seguramente para tratar de curar su mala conciencia, señala que esta conclusión no es aplicable a la inmunidad que en su caso se alegue en los procedimientos penales que se entablen contra individuos que ejerzan cargos oficiales en el Estado, cuestión esta que no es objeto de decisión en la presente controversia⁴⁴.

with the current State of customary international law”: KEITNER, C.I., “Germany v. Italy: the International Court of Justice Affirms Principles of State Immunity”, *American Society of International Law Insights*, vol. 16-5, 14 de febrero de 2012, p. 4; STEPHAN, P.B., “Sovereign Immunity and the International Court of Justice: The State System Triumphant”, *Virginia Public Law and Legal Theory Paper*, n. 2012-47, pp. 20-28.

³⁸ *Anuario CDI*, 1999, vol. II, Segunda Parte, Anexo.

³⁹ Párrafo 89.

⁴⁰ *Case Al-Adsani v. United Kingdom* (App. Nú. 35763/97), Sentencia de 21 de noviembre de 2001. Objeto de comentario en la doctrina española por parte de SÁNCHEZ LEGIDO, A., “*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *REDI*, vol. LIII (2001), 313-330.

⁴¹ *Vid. infra* nota a pie 69 y texto que acompaña.

⁴² Párrafo 90.

⁴³ Párrafo 91.

⁴⁴ Párrafo 91. Sobre este tema, se puede consultar la monografía de BONAFÉ, B.I., *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden-Boston, 2009.

IV. LA OPINIO JURIS: VALORACIÓN DE ACCIONES Y DE OMISIONES

Aunque la Corte cita su jurisprudencia anterior para defender que la costumbre internacional está formada por una práctica que esté acompañada de la *opinio juris*⁴⁵, las referencias que lleva a cabo la Corte en esta Sentencia al tradicionalmente denominado elemento espiritual son más bien escuetas y un tanto confusas, en cuanto que no acaba de deslindar con precisión los dos elementos que según la propia Corte conforman la costumbre internacional. Como ya se ha señalado, para la CIJ en este caso la práctica estatal de “particular significance”, debe ser determinada a través del estudio de la jurisprudencia de los tribunales internos, la legislación interna, las posturas jurídicas asumidas por los Estados ante las demandas ante tribunales internos, así como *las opiniones manifestadas por los Estados en el marco del proceso codificador que ha conducido a la adopción de la Convención de 2004*, protagonizado primero en el seno de la CDI y después en la Sexta Comisión de la AG⁴⁶. A continuación la Corte explica en qué consiste la *opinio juris*, del siguiente modo:

“Opinio juris in this context is reflected in particular in the assertion by States claiming immunity that international law accords them a right to such immunity from the jurisdiction of other States; in the acknowledgment, by States granting immunity, that international law imposes upon them an obligation to do so; and, conversely, in the assertion by States in other cases of a right to exercise jurisdiction over foreign States. While it may be true that States sometimes decide to accord an immunity more extensive than that required by international law, for present purposes, the point is that the grant of immunity in such a case is not accompanied by the requisite opinio juris and therefore sheds no light upon the issue currently under consideration by the Court”⁴⁷.

Hecha esta presentación general de la concepción de la costumbre internacional, como se ha comprobado en el epígrafe anterior la Corte concede importancia a que la práctica legislativa y judicial que previamente ha estudiado se vea acompañada de la *opinio juris* y de nuevo se posiciona sobre la noción y contenido de esta última del siguiente modo:

“The practice is accompanied by opinio juris, as demonstrated by the positions taken by States and the jurisprudence of a number of national courts which have made clear that they considered that customary international law required immunity. The almost complete absence of contrary jurisprudence is also significant, as is the absence of any statements by States in connection with the work of the International Law Commission regarding State immunity and the adoption of the United Nations Convention or, so far as the Court has been able to discover, in any other context asserting that customary international law does not require immunity in such cases”⁴⁸.

⁴⁵ Párrafo 55: “..., as the Court made clear in the *North Sea Continental Shelf* cases, the existence of a rule of customary international law requires that there be ‘a settled practice’ together with *opinio juris*...”.

⁴⁶ Párrafo 55, cursiva añadida.

⁴⁷ Párrafo 55.

⁴⁸ Párrafo 77.

Por esta vía, la Corte concibe el elemento de la *opinio juris* como un corolario de los comportamientos estatales, hasta el punto de considerarla implícita en los mismos. Se trata, en definitiva, de afirmar que si un Estado se comporta o se manifiesta en una determinada dirección, es porque considera que dicho comportamiento o manifestación se ajusta a Derecho. La Corte, con buen criterio, asocia estrechamente el elemento espiritual de la costumbre internacional con la práctica estatal, entendida esta última en un sentido muy amplio y valorada de manera muy flexible, siempre con el objetivo último de poder concretar la existencia de un acuerdo general o *consensus generalis* entre los Estados sobre la vigencia de una determinada norma de Derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, como se ha comprobado, la Corte valora las posiciones jurídicas mantenidas por los Estados a lo largo del proceso codificador en el marco de Naciones Unidas, tanto como expresión de la práctica estatal o elemento material, como manifestación del elemento espiritual u *opinio juris*.

Llama la atención a este respecto, el valor jurídico que la Corte atribuye a las omisiones o silencios, tanto en el contexto de los procedimientos judiciales iniciados ante tribunales internos, como en el marco del proceso codificador en el seno de Naciones Unidas; en el sentido de que tales omisiones o silencios demuestran que respecto de situaciones como la planteada ante la Corte por la demanda de Alemania, no se ha negado la inmunidad de jurisdicción. Si bien, la Corte se muestra muy prudente; hubiera podido citar un buen número de situaciones de conflicto armado que se han sucedido en todo el mundo desde la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad, en las que se han cometido violaciones graves del Derecho internacional humanitario, sin que los tribunales del Estado del foro hayan negado la inmunidad de jurisdicción al Estado extranjero responsable del hecho ilícito internacional; se podría advertir que ni siquiera han llegado a presentarse o de presentarse no han llegado a ser admitidas las demandas civiles presentadas por las víctimas. El silencio de la Corte se explica por una razón muy clara: no quiere incomodar a ningún Estado, que no es parte en la controversia entre Alemania e Italia, mencionándolo expresamente como participante en algún conflicto armado internacional, en el que sus tropas presuntamente han cometido violaciones graves del Derecho internacional humanitario.

Si bien, al mismo tiempo se puede considerar que la Corte se muestra con una excesiva cautela, al no pronunciarse ni siquiera sobre la existencia de “Estados interesados” en este ámbito normativo. Por ejemplo, la Corte evita cualquier referencia a las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas por las tropas japonesas en terceros Estados durante la Segunda Guerra Mundial y la falta de práctica que confirme que Japón no puede alegar la inmunidad de jurisdicción ante las demandas presentadas por las víctimas ante los tribunales de terceros Estados⁴⁹. Cuestión esta a la que se volverá a hacer referencia en el último epígrafe del presente estudio.

⁴⁹ Por ejemplo, todas las reclamaciones contra Japón que ante los tribunales internos –Corea del Sur, Japón, Estados Unidos...-- han presentado las mujeres que formaron parte de las denominadas “mujeres de solaz”, que fueron esclavizadas sexualmente por el ejército japonés durante la Segunda Guerra Mundial, han sido rechazadas, entre otros motivos por la inmunidad de jurisdicción que se reconoce a Japón frente a tales demandas, a pesar de las críticas formuladas por algún sector de la doctrina: *vid.*

V. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE *JUS COGENS* EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

En su defensa, Italia también se apoya en la existencia de normas de *jus cogens* en el Derecho internacional contemporáneo para negar la inmunidad de jurisdicción de Alemania, argumento este aplicado por sus propios tribunales internos, en particular en el caso *Ferrini*, como argumento central en el que fundamentar sus Sentencias. En opinión de Italia, en atención a su superior jerarquía las normas de *jus cogens* prevalecen sobre cualquier otra norma de Derecho internacional y por tanto también sobre las que regulan la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. Pero según la Corte, no existe conflicto entre las normas de *jus cogens* y las normas dedicadas a la inmunidad de jurisdicción; éstas últimas son de naturaleza procesal y tienen como objetivo determinar si los tribunales internos del Estado del foro pueden ejercer su jurisdicción sobre un Estado extranjero; no tienen como objetivo establecer si los hechos que motivan el procedimiento son o no ilícitos⁵⁰. La Corte mantiene que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción de conformidad con el Derecho internacional consuetudinario, no supone reconocer la legalidad de una situación creada por la vulneración de una norma de *jus cogens*, ni supone prestar ayuda o asistencia para mantener dicha situación, según está previsto en el art. 41 del Proyecto de 2001⁵¹, al que se volverá a hacer referencia en el epígrafe VII de este trabajo. Para la Corte, “a *jus cogens* rule is one from which no derogation is permitted but the rules which determine the scope and extent of jurisdiction an when that jurisdiction may be exercised do not derogate from those substantive rules which possess *jus cogens* status, nor is there anything inherent in the concept of *jus cogens* which would require their modification or would displace their application”⁵². La Corte defiende, por tanto, la distinción entre normas sustantivas –de *jus cogens*–, y las normas “procesales” que determinan el alcance de la competencia de un tribunal internacional o interno, sin que las segundas deben verse afectadas necesariamente por la existencia de las primeras⁵³, como la propia Corte ya había reconocido en su jurisprudencia anterior, en particular en el citado *Caso de la orden de detención de 11 de abril de 2000*⁵⁴.

Añade la CIJ que, con la excepción de los tribunales italianos, esta misma postura ha sido defendida por los tribunales internos de otros Estados y el propio TEDH, en las

KWON, J., “The Comfort Women Litigation and the San Francisco Treaty: Adopting a Different Principle of Treaty Interpretation”, *The George Washington Law Review*, vol. 73 (2004-2005), 649-667.

⁵⁰ Como defiende la Corte, su naturaleza procesal explica que se apliquen retroactivamente respecto de hechos que como ocurre en la controversia entre Alemania e Italia tuvieron lugar a finales de la Segunda Guerra Mundial (1943-1945): párrafo 58.

⁵¹ Párrafo 93.

⁵² Párrafo 95.

⁵³ Para una valoración positiva de la distinción que aplica la Corte, *vid.* BOUDREAULT, F., “Identifying Conflicts of Norms: The ICJ Approach in the Case of the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (2012), 1003-1012; TALMON, S., “*Jus Cogens* after *Germany v. Italy*: Substantive and Procedural Rules Distinguished”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (2012), 979-1002.

⁵⁴ Párrafos 58 y 78 de la Sentencia de 14 de febrero de 2002.

Sentencias ya citadas⁵⁵. Por lo que la Corte concluye que incluso si se asume que los procedimientos judiciales son relativos a la violación de las normas de *jus cogens*, la aplicación de las normas consuetudinarias que regulan la inmunidad de jurisdicción del Estado no se ve afectada⁵⁶.

Por tanto, para la Corte entre las posibles consecuencias jurídicas de la vulneración de una norma de *jus cogens*, no se encuentra el rechazo de la inmunidad de jurisdicción por demandas civiles contra un Estado extranjero para obtener una indemnización por las vulneraciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas por sus tropas en el territorio del Estado del foro en una situación de conflicto armado. Como se volverá a insistir en el epígrafe VII., Italia no plantea dentro de sus líneas argumentales de defensa que la actuación de sus tribunales podría estar justificada a título de contramedida como reacción a la previa vulneración de una norma de *jus cogens*.

En definitiva, en este apartado la Corte se limita a negar que la práctica legislativa y judicial interna e internacional confirme la vigencia de una excepción a la inmunidad de jurisdicción en el supuesto de que se vulneren normas de *jus cogens*. La Corte de nuevo confirma su concepción consensualista del ordenamiento internacional, incluso en el caso de la aplicación de las normas de *jus cogens* y deja de lado los postulados objetivistas o normativistas⁵⁷, como se volverá a insistir en el epígrafe que cierra este trabajo.

VI. LA FUNCIÓN DE LA CORTE ANTE LAS INCOHERENCIAS Y LIMITACIONES DEL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

Como último argumento, que desde un punto de vista procesal se podría calificar de argumento de atmósfera o de ambiente, Italia va a defender ante la Corte que si se reconoce la inmunidad de jurisdicción de Alemania ante los tribunales italianos, las víctimas de vulneraciones graves del Derecho internacional humanitario no van a tener ninguna posibilidad de obtener una reparación por tales vulneraciones. En efecto, Alemania celebró los Acuerdos de 1961 en los que se contemplaron las reparaciones debidas a Italia y el Estado transalpino aceptó la renuncia a cualquier otra reparación por parte de Alemania⁵⁸. Más recientemente, en 2000 las autoridades alemanas

⁵⁵ Párrafo 96, de la Sentencia de 3 de febrero de 2012.

⁵⁶ Párrafo 97.

⁵⁷ Para una crítica de la solución que ofrece la Corte sobre las relaciones entre las normas de *jus cogens* y la inmunidad de jurisdicción del Estado, *vid.* ESPÓSITO MASSICCI, C., “*Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: A Conflict Does Exist*”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 12 (2012), 161-174. Con anterioridad, *vid.* también del mismo autor, ESPÓSITO MASSICCI, C., *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Madrid, 2007, pp. 245-256.

⁵⁸ Se trata del Acuerdo para “Settlement of certain property-related, economic and financial questions”; y del Acuerdo relativo a la “Compensation for Italian nationals subjected to National-Socialist measures of persecution”, en virtud del cual la República Federal Alemana se compromete a pagar a Italia un total de 40 millones de marcos; en su art. 3 se puede leer lo siguiente: “Without prejudice to any Rights of Italian nationals based on German compensation legislation, the payment provided for in Article 1 shall

promulgaron legislación interna⁵⁹ con la que se abría la vía para conceder una reparación a las víctimas que no la habían recibido en aplicación de los citados Acuerdos de 1961. Pero esta última normativa no se aplicó a los prisioneros de guerra italianos, precisamente por su condición de prisioneros de guerra, a pesar de que el propio régimen nazi les negó la protección que ofrecía el estatuto de prisionero de guerra y los deportó a Alemania donde los sometió a trabajos forzados, como advierte con pesar la Corte⁶⁰.

No obstante el trato muy respetuoso con las víctimas con el que se pronuncia la Corte a lo largo de toda la Sentencia y muy especialmente en los párrafos en los que rebate el argumento de “última instancia” –“last resort”— que le plantea Italia, de nuevo se mantiene firme a la hora de diferenciar entre el hecho de que la inmunidad impida la jurisdicción de un tribunal –internacional o interno—, y la vigencia de las normas sustantivas que hubiera debido aplicar dicho tribunal de haber ejercido su jurisdicción. Para la Corte, si un Estado tiene derecho a la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, es una cuestión totalmente distinta de la referida a la posible responsabilidad internacional en la que haya incurrido el primero y la obligación de reparación que se derive de la misma⁶¹.

En este sentido, la Corte rechaza la argumentación italiana dirigida a demostrar que si se reconoce la inmunidad de jurisdicción de Alemania ante los tribunales italianos, ello conduciría a la indefensión de las víctimas y la imposibilidad de obtener una reparación por parte de Alemania. La Corte no encuentra ningún sostén en la práctica judicial, legislativa o convencional para darle la razón a Italia; de nuevo, como se ha señalado antes, la Corte se muestra muy prudente y se limita a destacar la falta de práctica que confirme la tesis italiana. Si bien, se refiere muy brevemente a las reparaciones acordadas en el marco de los tratados de paz celebrados después de la Segunda Guerra Mundial, en los que no se prevé un derecho individual a obtener una reparación para las víctimas de violaciones graves del Derecho internacional humanitario; en tales tratados se conceden reparaciones de Estado a Estado que serán gestionadas por el Gobierno del Estado que las recibe⁶².

constitute final settlement between the Federal Republic of Germany and the Italian Republic of all questions governed by the present Treaty”: citado por la Corte en párrafo 25.

⁵⁹ *Law establishing the Remembrance, Responsibility and Future Foundation*, de 2 de agosto de 2000.

⁶⁰ Párrafo 99. Y como insiste Italia en su intervención oral ante la Corte: *CR 2011/21*, de 16 de septiembre de 2011, pp. 17-27. Y también se insiste en la *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, pp. 74-79.

⁶¹ Párrafo 100.

⁶² Párrafo 101. En efecto, la Corte advierte que en el marco de los acuerdos de paz celebrados tras la Segunda Guerra Mundial, la práctica se dirige claramente en el sentido de que son los Gobiernos los que gestionan y en última instancia deciden sobre los fondos recibidos en forma de “lump sum settlement”, tras largas negociaciones intergubernamentales; y no siempre tales fondos han sido usados por los gobiernos para conceder una indemnización a las víctimas de violaciones graves del Derecho internacional humanitario, sino más bien para reconstruir sus infraestructuras y en general para reactivar su sistema económico, sin que se haya reconocido un derecho individual a cada una de las víctimas para reclamar la parte que les corresponde de las cuantías previstas en dichos acuerdos de paz: párrafo 102. En la doctrina, *vid.* el estudio de la práctica que ofrecen D'ARGENT, P., *Les réparations de guerre en droit international public: la responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, 2002; y GATTINI, A., *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, 2003. Más recientemente,

Por tanto, la CIJ se limita a aplicar el Derecho internacional en vigor, y no pretende ni mucho menos resolver las incoherencias y limitaciones que pueda presentar el ordenamiento internacional, lo que en última instancia le llevaría a asumir un papel de legislador que desde luego no le corresponde de conformidad con su Estatuto. Aunque la Corte, otra vez para remediar su mala conciencia, propone que se lleven a cabo negociaciones intergubernamentales entre Alemania e Italia para llegar a una solución respecto de las reivindicaciones que presentan las víctimas que han iniciado los procedimientos judiciales ante los tribunales italianos que constituyen el origen de la controversia que le ha sido sometida⁶³.

VII. LA INTERACCIÓN NORMATIVA ENTRE TRATADO Y COSTUMBRE INTERNACIONAL, Y ENTRE RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL Y COSTUMBRE INTERNACIONAL (II)

1. El reconocimiento y ejecución de la Sentencia en el caso *Distomo* por los tribunales italianos: la aplicación de los arts. 6.2 y 19 de la Convención de 2004

Como se ha comprobado en el epígrafe I., la Corte rechaza la aplicación del citado art. 12 de la Convención de 2004. No obstante, para resolver esta controversia la CIJ sí que aplica otras disposiciones de la Convención de 2004, al entender, de forma más o explícita, que son declarativas del Derecho internacional consuetudinario en vigor. Así, por una parte, la CIJ se apoya en el art. 6.2 de la Convención de 2004⁶⁴, como expresión del Derecho internacional consuetudinario en vigor entre Alemania e Italia, para llegar a la conclusión de que el procedimiento de exequatur de la Sentencia de los tribunales griegos en el caso *Distomo* ante los tribunales italianos, vulnera la inmunidad de jurisdicción de Alemania⁶⁵. La cita de este precepto es clave en la argumentación de la CIJ, ya que sostiene que no es necesario ni es posible entrar a valorar si la

GATTINI, A., "The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law?", *Leiden Journal of International Law*, vol. 24 (2011), 173-200, p. 193, pone en duda que el Derecho internacional en vigor permita las demandas civiles presentadas por particulares contra Estados responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario: "Both article 3 of the IV Hague Convention of 1907 and Article 91 of the 1977 First Protocol to the four Geneva Conventions of 1949 affirm the liability of belligerent States to pay an indemnity for the violations committed by their armed forces, but the norm is formulated in terms that clearly exclude its direct applicability. The *travaux préparatoires* of both conventions make absolutely clear that the solution envisaged was that of post-war interstate agreements". Sobre la postura favorable a la existencia del derecho de las víctimas a reclamar judicialmente ante los tribunales internos los daños causados por violaciones graves del Derecho internacional humanitario, *vid.* GAETA, P., "Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?", en BEN-NAFTALI, O. (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford, 2011, 305-327, pp. 318-326.

⁶³ Párrafo 104.

⁶⁴ "Art. 6. Modos de hacer efectiva la inmunidad del Estado. 1... 2. Un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá incoado contra otro Estado si éste: a) es mencionado como parte en el proceso; o b) no es mencionado como parte en el proceso, pero este proceso tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado".

⁶⁵ Párrafos 129-131.

jurisprudencia de los tribunales griegos vulnera o no la inmunidad de jurisdicción de Alemania, ya que ello conllevaría una decisión de la CIJ relativa a derechos y obligaciones de un Estado, Grecia, que no es parte en el procedimiento que enfrenta a Alemania e Italia⁶⁶.

Se trata de un argumento meramente formal o procesal, que la propia Corte no respeta; de hecho, la CIJ afirma que los tribunales italianos deberían haber rechazado la ejecución de las decisiones de los tribunales griegos, porque estaban obligados a reconocer la inmunidad de jurisdicción de Alemania, ya que se trata de “un caso idéntico” a los que se plantean ante los tribunales italianos por violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas por las tropas alemanas durante la Segunda Guerra Mundial⁶⁷. Por tanto, la Corte de forma más o menos indirecta sí entra a valorar desde el punto de vista jurídico internacional la legalidad de las decisiones de los tribunales griegos.

Por otra, en este caso también se discute la aplicación del art. 19 c) de la Convención de 2004⁶⁸, en el que se regulan las excepciones a la inmunidad de ejecución. En efecto, en su Decisión de 13 de junio de 2006 de la Corte de Apelación de Florencia, se declara ejecutable en Italia la Sentencia de 25 de septiembre de 1997 dictada por la Corte de Primera Instancia de Livadia, Grecia, en el caso *Distomo*, confirmada por el Tribunal Supremo de Grecia mediante su Sentencia de 4 de mayo de 2000, en la que se niega la inmunidad de jurisdicción a Alemania y se le condena a pagar una indemnización a las víctimas de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas por las tropas alemanas en Grecia durante la Segunda Guerra Mundial en la localidad griega de *Distomo*⁶⁹. El 7 de junio de 2007, un grupo de demandantes griegos, de conformidad con la citada Sentencia de 13 de junio de 2006, presentan en el Registro de la Propiedad

⁶⁶ Párrafo 127. Cita a este respecto sus decisiones en los casos del Oro amonedado –1954– y de Timor Oriental –1995–: *Caso del oro amonedado sacado de Roma en 1943 (Italia c. Francia, Reino Unido y Estados Unidos)*, Sentencia de 15 de junio de 1954; *Caso de Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, Sentencia de 30 de junio de 1995.

⁶⁷ Párrafo 131: “For the reasons set out in Section III above of the present Judgment, the Italian courts would have been obligate to grant immunity to Germany if they had been seized of the merits of a case identical to that which was the subject of the decisions of the Greek courts which it was sought to declare enforceable (namely, the case of the Distomo massacre). Accordingly, they could not grant exequatur without thereby violating Germany’s jurisdictional immunity”. Aunque la Corte afirma a continuación, que incluso podría haberse dado el caso en el que la Decisión de los tribunales griegos no vulnerara la inmunidad de jurisdicción de Alemania, pero la decisión de los tribunales italianos de conceder el exequatur de las decisiones de los tribunales griegos sí que la vulnerara: párrafo 132.

⁶⁸ Cuyo texto es el siguiente: “Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas posteriores al fallo. No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas posteriores al fallo como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes: a) cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas,... b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso; o c) cuando se ha determinado que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso”.

⁶⁹ *Vid. supra* nota a pie 3.

de la Provincia de *Como* una “legal charge” contra Villa Vigoni, un inmueble propiedad del Estado alemán, sede de una fundación pública dedicada a promover la cooperación cultural entre Italia y Alemania, de conformidad con el acuerdo entre ambos gobiernos concluido en forma de canje de notas el 21 de abril de 1986. No obstante, el Gobierno italiano decide suspender la vigencia de dicha “legal charge” a través de dos Decretos-Leyes de 28 de abril 2010 y 29 de diciembre de 2011, a la espera de la solución de la controversia ante la CIJ. Italia reconoce ante la CIJ que la medida adoptada contra el inmueble propiedad de Alemania es contraria a Derecho internacional, si bien su Gobierno se ha limitado a suspenderla pero no la ha cancelado. Alemania alega la vigencia del art. 19 de la Convención de 2004 como expresión del Derecho internacional general.

La Corte recuerda que este precepto fue el resultado de largas y difíciles discusiones, tanto en el seno de la CDI como en la Sexta Comisión de la AG y en el Comité *ad hoc* que se creó en su momento; en esta dirección, de manera un tanto ambigua considera que no es necesario que el marco de la controversia que enfrenta a Alemania e Italia decida si “all aspects” del art. 19 reflejan el vigente Derecho internacional consuetudinario⁷⁰. Pero a continuación, la Corte advierte que no se da ninguno de los tres supuestos previstos en el art. 19: es decir, en primer lugar, Alemania no ha dado su consentimiento para que se adopten medidas coercitivas contra Villa Vigoni; en segundo lugar, Alemania no ha asignado o destinado Villa Vigoni a la satisfacción de la demanda presentada ante los tribunales italianos; y en tercer lugar, Villa Vigoni no es un bien que se utilice “específicamente o se destine a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales”. Por tanto, la Corte sí que aplica las soluciones del art. 19 como expresión del Derecho internacional consuetudinario, aunque lo hace con cierta flexibilidad, evitando pronunciarse sobre el absoluto carácter declarativo de este precepto y apoyándose para ello en algunas decisiones de tribunales internos, entre ellas la Sentencia del Tribunal Constitucional de España 107/1992, de 1 de julio de 1992⁷¹.

Por tanto, sobre esta cuestión, sobre la naturaleza declarativa del citado art. 19, la CIJ aplica la metodología empírica e inductiva de manera bastante escueta y poco elaborada. Con todo, el escaso esfuerzo que aporta la Corte sobre esta cuestión, se puede explicar por el hecho de que no se discute ni por Alemania ni por Italia, que Villa Vigoni es un bien del Estado alemán destinado a actividades oficiales no comerciales; no se plantea ninguna duda por los dos Estados partes en la controversia sobre su naturaleza de bien de un Estado extranjero que disfruta de inmunidad de ejecución ante los tribunales italianos⁷². Lo que a su vez explica, que la decisión de la Corte en este

⁷⁰ Párrafo 117.

⁷¹ Párrafos 118 y 119. Para el análisis de la jurisprudencia española en este ámbito se pueden consultar los trabajos de CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., “La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII (2007), 63-99; y FERRER LLORET, J., “La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII (2007), 3-61.

⁷² Como así lo reconoce expresamente Italia en su Intervención Oral ante la Corte: *CR 2011/18*, de 13 de septiembre de 2011, p. 14: “Italy fully supports the activities of Villa Vigoni as a centre of excellence for the Italian-German co-operation in the fields of research, culture and education and is directly involved in

punto se adopte con un total de catorce votos a favor, incluido el del juez *ad hoc* propuesto por Italia, Gaja, y con un solo voto en contra, el del juez Cançado Trindade.

A este respecto, merece ser destacada la postura que en este punto mantiene el Juez Cançado Trindade, quien mantiene una fervorosa cruzada dirigida a la defensa de tesis objetivistas en el marco de su labor como juez de la CIJ, como después se volverá a insistir; a pesar de que no haya incluido ninguna referencia en su extensa y elaborada Opinión Disidente –88 páginas-- para tratar de justificar su voto contrario a la decisión de la CIJ en el apartado del Fallo que reconoce la inmunidad de ejecución de Villa Vigoni⁷³. A la luz de las soluciones que ofrece la Convención de 2004 y de la práctica legislativa y judicial interna, el voto en contra del Juez Cançado Trindade en este apartado constituye un verdadero disparate jurídico.

2. La aplicación del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado

Mediante su Resolución 56/83, adoptada por consenso, la AG “toma nota” del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001⁷⁴. Las disposiciones de este Proyecto de artículos han sido citadas con cierta frecuencia por la CIJ en su jurisprudencia, al considerarlas –al menos buena parte de ellas-- declarativas del Derecho internacional consuetudinario en vigor⁷⁵. En su Sentencia de 3 de febrero de 2012, de nuevo la Corte lo da por hecho, y sin necesidad de ofrecer un estudio de la práctica que justifique su naturaleza declarativa del Derecho internacional consuetudinario, cita y aplica los artículos 41, 30 y 35 referidos a las consecuencias que se derivan del hecho ilícito cometido por Italia contra Alemania.

Por lo que se refiere al artículo 41, en relación con la aplicación de las normas de *jus cogens*, como ya se ha señalado en el epígrafe V., la Corte mantiene que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción de conformidad con el Derecho internacional consuetudinario, no supone reconocer la legalidad de una situación creada por la vulneración de una norma de *jus cogens*, ni supone prestar ayuda o asistencia para mantener dicha situación (art. 41 del Proyecto 2001)⁷⁶.

its peculiar bi-national (German and Italian) managing structure. Therefore, Italy will not object to any decision by the Court stating that Italy is obliged to take measures necessary to ensure that the mortgage on Villa Vigoni inscribed at the land registry is cancelled”.

⁷³ Vid. *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, passim*.

⁷⁴ NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones (2001)*, A/56/10, Nueva York, 2001, pp. 10 y ss.

⁷⁵ Vid. por ejemplo, la Opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de 9 de julio de 2004, en la que la CIJ cita el art. 25 del Proyecto de 2001, para sostener que en este caso Israel no puede alegar un estado de necesidad como justificación de su conducta; en concreto, porque no se da la primera de las condiciones previstas en dicho art. 25; a saber, que la construcción del muro sea “el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente”; en efecto, “the Court is not convinced that the construction of the wall along the route chosen was the only means to safeguard the interests of Israel against the peril which it has invoked as justification for that construction”: párrafo 140.

⁷⁶ Párrafo 93.

Sin embargo, la Corte no hace ninguna referencia en su Sentencia a la posibilidad de que la actuación de los tribunales italianos, al negar la inmunidad de jurisdicción de Alemania, pudiera estar justificada como contramedida al previo hecho ilícito cometido por el Estado centroeuropeo, consistente en no reparar debidamente las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas durante la Segunda Guerra Mundial. Por tanto, la Corte no entra a valorar la adecuación del comportamiento de Italia con lo dispuesto en los arts. 49 a 54 del Proyecto de 2001. La razón de ello se encuentra en el hecho de que Italia, ni en el procedimiento escrito ni en las Intervenciones orales ante la Corte, llegó a plantear de manera expresa, directa y desarrollada, que su comportamiento podría ser un hecho en principio ilícito pero justificado jurídicamente a título de contramedida⁷⁷. El Estado transalpino evitó así que la Corte tuviera que enfrentarse con la muy compleja tarea de determinar si, a la luz del comportamiento de los tribunales italianos, los preceptos 49 a 54 del Proyecto de 2001 son en todo o en parte expresión del Derecho internacional consuetudinario en vigor, y más en particular, si dicho comportamiento se adecua, entre otros, al principio de proporcionalidad como requisito para el recurso a la aplicación de contramedidas. Como señala el representante de Alemania, Tomuschat, en su intervención ante la Corte, hubiera sido del todo absurdo que Italia se atreviera a plantear tal posibilidad, si se tiene en cuenta que han transcurrido más de 40 años desde que se celebraron los Acuerdos de 1961 entre Alemania e Italia, hasta que se dicta la citada Sentencia por la Corte de Casación en el asunto *Ferrini*, y durante todo ese tiempo Italia nunca ha presentado una reclamación internacional contra Alemania por una pretendida vulneración de la obligación de reparar las violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas por Alemania durante la Segunda Guerra Mundial contra ciudadanos italianos; y desde luego, Italia nunca ha defendido que la jurisprudencia sentada en el asunto *Ferrini* esté legalmente justificada como una contramedida⁷⁸.

Por su parte, el artículo 30 del Proyecto de 2001 regula el cese del hecho ilícito, lo que según la Corte en este caso supone que Italia debe poner fin a todas las actuaciones de sus tribunales que infrinjan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de Alemania. Asimismo, en virtud del art. 35 del citado Proyecto, Italia debe proceder a la *restitutio in integrum*; es decir, a restablecer la situación que existía antes de cometerse el hecho ilícito contra Alemania, siempre que ello no sea materialmente imposible, ni suponga una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que se derivaría de la restitución en vez de la indemnización. En este caso la Corte considera que Italia puede

⁷⁷ Si bien, en la Contra Memoria de Italia, de 22 de diciembre de 2009, pp. 126-127, se apunta, sin ofrecer más explicaciones y sin ninguna referencia a la regulación de las contramedidas en el Proyecto de 2001, y en el contexto del desarrollo del argumento de “última instancia”, al que se ha hecho referencia en el epígrafe VI del presente trabajo, que la actuación de los tribunales italianos constituye una respuesta a la violación por parte de Alemania de su obligación de reparar los crímenes de guerra cometidos en Italia: “... in the present cases Italian judges did not commit an unlawful act since lifting Germany’s immunity was the only appropriate and proportionate remedy to the ongoing violation by Germany of its obligations to offer effective reparation to Italian war crimes victims. Such a measure was adopted only after several attempts by the victims to institute proceedings in Germany and it was the only possible means to ensure respect for and implementation of the imperative reparation regime established for serious violations of IHL”.

⁷⁸ CR 2011/17, de 12 de septiembre de 2011, p. 28.

llevar a cabo el restablecimiento de la situación que existía antes de cometerse el hecho ilícito, a través de la promulgación de legislación interna en la que se regule la actuación de sus tribunales ante demandas civiles presentadas contra Estados extranjeros⁷⁹.

No obstante, la Corte no acepta la solicitud que Alemania presenta con el apoyo del art. 30 b) del Proyecto de 2001, dirigida a obtener seguridades y garantías de no repetición del hecho ilícito por parte de las autoridades italianas. No niega la vigencia de este precepto; pero la Corte, siguiendo la jurisprudencia mantenida en otros asuntos, sostiene que dado que con carácter general no hay razón para esperar que el Estado que ha cometido un hecho ilícito vuelva a repetirlo y dado que puede presumirse su buena fe, las seguridades y garantías de no repetición sólo se pueden establecer cuando se den “circunstancias especiales” que así lo justifiquen, lo cual debe ser valorado en cada caso por la Corte. En este caso, la Corte no aprecia la existencia de tales “circunstancias especiales”⁸⁰.

VIII. VALORACIÓN Y CONSIDERACIONES FINALES

1. Consensualismo v. objetivismo

A la luz de las respuestas que ofrece la Corte en este caso, en primer lugar no está de más recordar que su labor se desenvuelve en el marco de un ordenamiento jurídico profundamente descentralizado, a la vez creado y aplicado principalmente por los mismos sujetos del Derecho internacional, de forma muy preponderante los propios Estados por lo general representados por sus gobiernos. Lo que tiene como consecuencia que todo estudio del proceso de formación de normas en Derecho internacional debe basarse en la determinación del “consentimiento” de los Estados soberanos para asumir ellos mismos derechos y obligaciones. La Corte mantiene así una jurisprudencia basada en una concepción consensualista del ordenamiento internacional, tanto en el ámbito de su competencia contenciosa⁸¹, como en el ámbito de su

⁷⁹ Párrafo 137.

⁸⁰ Párrafo 138, siguiendo su jurisprudencia en el *Caso de la controversia sobre los derechos de navegación y los derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Sentencia de 13 de julio de 2009, párrafo 150.

⁸¹ En el ámbito del ejercicio de su competencia contenciosa durante las dos últimas décadas, se pueden citar, entre otras, sus Sentencias en los casos de Timor Oriental (*Case concerning East Timor [Portugal v. Australia]*, Judgement of 30 June 1995, *ICJ Reports 1995*), Competencia en materia de Pesquerías (*Case concerning Fisheries Jurisdiction [Spain v. Canada]*, *Jurisdiction of the Court*, Judgement of 4 December 1998, *ICJ Reports 1998*); orden de detención de 11 de abril de 2000 (*Case concerning the arrest warrant of 11 april 2000 [Democratic Republic of the Congo v. Belgium]*, Judgment of 14 February 2002, *ICJ Reports 2002*), plataformas petrolíferas (*Case concerning oil platforms [Islamic Republic of Iran v. United States of America]*, Judgement of 6 november 2003, *ICJ Reports 2003*); Actividades armadas en el territorio del Congo (*Case concerning armed activities on the territory of the Congo [new application: 2002] [Democratic Republic of the Congo v. Rwanda]*, Judgement of 3 February 2006, *ICJ Reports 2006*); Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio (*Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro]*, Judgement of 26 february 2007, *ICJ Reports 2007*).

competencia consultiva⁸². Muy en resumen, según esta postura consensualista el proceso de formación de normas descansa en el acuerdo general que se forme entre los sujetos principales de este ordenamiento, los Estados, sobre la existencia de una determinada norma jurídica, ya sea consuetudinaria –como así ocurre en el caso de la Sentencia de 3 de febrero de 2012-- , ya sea convencional⁸³. Como explicó la Corte en el *Caso de la competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia)*, fondo,

⁸² En el ámbito de su competencia consultiva, destaca su *Opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad del uso de las armas nucleares*, en el que la Corte, siempre a la luz de la práctica de los Estados, no se atreve a afirmar que el uso de las armas nucleares sea en toda circunstancia contrario a Derecho internacional, dejando las puertas abiertas para un posible uso lícito de las armas nucleares en condiciones de extremo peligro para la propia existencia del Estado, en las que el Estado podría hacer uso de las armas nucleares en legítima defensa. A buen seguro, si fueran aplicables criterios mínimamente racionales que atiendan a los intereses del idealmente destinatario último del ordenamiento jurídico, el ser humano, todo posible uso de las armas nucleares sería considerado como contrario a los principios de humanidad, a los que la Corte se refirió ya en 1949 en el caso del Estrecho de Corfú, como principios generales del derecho. Pero la Corte no aplica exclusivamente estos principios de humanidad; basa su fallo en la práctica internacional de los Estados, en la que no se puede desconocer una realidad bien notoria: la forzada “aceptación” por parte de los Estados no poseedores de armas nucleares respecto del posible uso de ese tipo de armas reivindicado por las potencias nucleares (*Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996*, párrafos 90—97). Más en concreto la Corte, para llegar a esta Conclusión, después de citar el art. 51 de la Carta de las NU, pone de manifiesto lo siguiente: la Corte no puede ignorar “... the practice referred to as ‘policy of deterrence’, to which an appreciable section of the international community adhered for many years. The Court also notes the reservations which certain nuclear weapon States have appended to the undertakings they have given, notably under the Protocols to the Treaties of Tlatelolco and Rarotonga, and also under the declarations made by them in connection with the extension of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, not to resort to such weapons”: *ibíd.*, párrafo 96.

⁸³ A este respecto, cabe mencionar un ejemplo muy reciente: en el *Case concerning questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, 20 de julio de 2012, la Corte llega a la conclusión de que Senegal ha vulnerado los arts. 6.2 (obligación de todo Estado parte de proceder inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos relativos a la comisión de actos de tortura cuyo autor se encuentra en su territorio) y 7.1 (obligación de someter a toda persona que se encuentre en su territorio que se supone que ha cometido actos de tortura, a un procedimiento judicial, o alternativamente a extraditarla a otro Estado parte que así lo solicite, en este caso Bélgica) de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (*BOE* de 9 de noviembre de 1987), en vigor para Senegal desde el 26 de junio de 1987 y para Bélgica desde 25 de junio de 1999. Aunque la Corte afirma que la prohibición de la tortura forma parte del Derecho internacional consuetudinario y forma parte de las normas de *jus cogens* (párrafo 99), aplica el art. 28 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, para decidir que las violaciones de los dos citados preceptos que se atribuyen a Senegal tienen lugar con relación a los actos de tortura de los que presuntamente es autor el antiguo Jefe de Estado del Chad, Hisséne Habré, que se suceden a partir del 26 de junio de 1987, fecha de la entrada en vigor de la citada Convención de 1984 para Senegal. Se trata, por tanto, de un asunto que es decidido por la CIJ de conformidad con las normas convencionales que vinculan a los Estados partes en la controversia, y que como es obvio libremente han consentido al depositar sus respectivos instrumentos de ratificación. No obstante, cabe destacar el voto en contra de la Juez nacional de China, Xue, junto con el juez ad hoc nombrado por Senegal, S. Sur, a los tres apartados del Fallo de esta Sentencia, en los que se declara la responsabilidad de Senegal por vulnerar los arts. 6.2 y 7.1 de la Convención de 1984. Si se repasa la Opinión Disidente de la Juez Xue, en la que entre otras cuestiones se discute el carácter de obligaciones *erga omnes ex pactum* de las obligaciones que se derivan para los Estados partes de la Convención de 1984, en relación con el ejercicio del principio de jurisdicción universal por parte de Bélgica; se puede comprobar que mantiene posturas que se encuentran en las antípodas de las tesis objetivistas defendidas por el Juez Cançado Trindade.

Sentencia de 25 de julio de 1974, la creación de las normas en el Derecho internacional es el fruto de una acomodación recíproca de intereses, de una actitud razonable y de un espíritu de cooperación entre los Estados⁸⁴.

En su jurisprudencia de las dos últimas décadas, la Corte no suele defender tesis objetivistas, basadas en la existencia de principios o normas jurídicas que pretendidamente se encuentran por encima, priman sobre la voluntad de los Estados, o más bien sobre el acuerdo general entre los Estados; según estas tesis, tales principios o normas jurídicas deben determinar el contenido del Derecho internacional en vigor. Tesis objetivistas que en las últimas décadas son defendidas tomando como apoyo fundamental la noción de *jus cogens*, recogida en el Convenio de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados. Como ya se ha apuntado, en el marco de la actuación más reciente de la CIJ⁸⁵, el Juez Cançado Trindade se ha convertido en el principal adalid de las tesis objetivistas⁸⁶, como así lo demuestran sus extensas opiniones disidentes con las que suele acompañar a casi todas las Sentencias de la Corte; en las que insiste en la importancia del principio del respeto de los derechos humanos, como principio que debe impregnar y debe afectar decisivamente la aplicación de cualquier sector de normas del ordenamiento internacional⁸⁷, en este caso el relativo a la inmunidad de jurisdicción del

⁸⁴ Párrafo 53.

⁸⁵ Con anterioridad, una concepción claramente objetivista del ordenamiento internacional es mantenida por el Juez AL-KHASAWNEH en varias de las Opiniones Disidentes de las que es autor; por ejemplo, la que acompaña al *Case concerning the arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment of 14 February 2002, *ICJ Reports 2002*, en la que niega la inmunidad de jurisdicción penal del Ministro de Asuntos Exteriores ante los tribunales internos de un tercer Estado, ya que a su entender, las normas de *jus cogens* que prohíben los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, que reconocen los intereses considerados como esenciales por la comunidad internacional en su conjunto, deben prevalecer sobre las normas que regulan la inmunidad de jurisdicción penal del Ministro de Asuntos Exteriores ante los tribunales internos de terceros Estados, a modo de excepciones a la aplicación de esta última regla: “The effective combating of grave crimes has arguably assumed a *jus cogens* character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevail”: párrafo 7 de su Opinión Disidente. A pesar de que, como sostiene en su Sentencia la CIJ por una amplia mayoría, la práctica legislativa, judicial y diplomática de los Estados confirma que el Ministro de Asuntos Exteriores en activo disfruta de inmunidad de jurisdicción penal absoluta ante los tribunales internos de terceros Estados: *vid.* para el análisis de esta Sentencia, FERRER LLORET, J., “Impunidad *versus* inmunidad de jurisdicción: la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII (2002), 305-346.

⁸⁶ En el contexto de la valoración de sus publicaciones, CARRILLO SALCEDO, J.A., “Bibliographie Critique”, *RGDIP*, t. 115 (2011), p. 610, señala que “Face à la prétendue neutralité idéologique du droit international traditionnel, le professeur Cançado Trindade, un idéaliste, défend un droit international axiologiquement engagé, un droit des finalités s’inspirant des valeurs de solidarité et d’universalité et qui doi son existence positive à l’influence exercée par le processus d’humanisation en cours”; y RIVIER, R., “Bibliographie critique”, *RGDIP*, t. 116 (2012), p. 455, lo califica de “figure du jusnaturalisme contemporain”.

⁸⁷ Por ejemplo, en su Opinión Disidente en el *caso relativo a la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, Sentencia sobre Excepciones Preliminares de 1 de abril de 2011, llega, entre otras, a las siguientes conclusiones, con el objetivo de justificar la competencia de la Corte en la controversia que le plantea Georgia: “Undevicesimus: Human rights treaties are living instruments to be interpreted in the light of current living conditions, so as to respond to new needs of protection of human beings. Vicesimus: This

Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro, lo que le lleva a votar en contra de todos los apartados que componen el fallo de esta Sentencia, incluido el referido a la inmunidad de ejecución de Villa Vigoni, como ya se ha señalado.

En el *caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado*, no se puede negar el esfuerzo que lleva a cabo la Corte en el estudio de la práctica internacional, acompañada de la *opinio juris*, con el objetivo de determinar la existencia del Derecho internacional consuetudinario, desde la concepción consensualista del ordenamiento internacional que aplica con toda claridad. Desde este punto de vista, se puede mantener que la Decisión de la Corte en este caso está debidamente fundamentada en el estudio de los medios de prueba de la práctica internacional, mediante el recurso a una metodología empírica e inductiva⁸⁸.

2. Algunas críticas

Ahora bien, esta valoración general y de conjunto, no es óbice para que al mismo tiempo se aprecien algunos puntos débiles en la argumentación de la Corte. En primer lugar, como se ha comprobado la práctica referida a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero por violaciones graves de los derechos humanos cometidas en el territorio del Estado del foro, por las fuerzas armadas del Estado extranjero *en el contexto de un conflicto armado*, no es del todo general, constante y uniforme, y continuada o duradera⁸⁹. De hecho se aprecian divergencias en las respuestas que se ofrecen ante una determinada situación en el obrar internacional de los sujetos del ordenamiento internacional. En este sentido, llama la atención que la Corte deje casi totalmente de lado el estudio y la valoración de la práctica legislativa y judicial de Estados Unidos, en su particular cruzada contra el terrorismo internacional. Desde luego, aunque Estados Unidos no sea parte en esta controversia, la Corte, en su labor de determinación del Derecho internacional consuetudinario en vigor, debería haber explicado y justificado con mucho más detenimiento, las razones por las que práctica de Estados Unidos debe ser rechazada como precedente jurídico en el proceso de formación y cambio de normas en este sector del ordenamiento⁹⁰. Se debe añadir que

applies even more forcefully in respect of a treaty like the CERD Convention, centered on the fundamental principle of equality and non-discrimination, which belongs, in my view, to the realm of international jus cogens. Vicesimus primus: In contemporary jus gentium, the conditions of living of the population has become a matter of legitimate concern of the international community as a whole, and contemporary jus gentium is not indifferent to the sufferings of the population. Vicesimus secundus: Given the truly irreparable damages inflicted upon human beings by means of grave violations of human rights and of International Humanitarian Law, judicial recognition of their victimization is an imperative of justice, which comes at least to alleviate their sufferings”: párrafo 195 de su Opinión Disidente.

⁸⁸ Como incluso reconocen autores que se muestran críticos con el resultado que ofrece la CIJ con esta Sentencia: *vid.* KRAJEWSKI, M. y SINGER, C., “Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 16 (2012), 1-34, p. 23.

⁸⁹ *Cf.* en relación con este párrafo y el siguiente, FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., “Las lesiones...”, *loc. cit.*, epígrafe 3.

⁹⁰ Como señala PAVONI, R., “An American Anomaly? On the ICJ’s Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of the State”, *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 21

recientemente Canadá ha adoptado una legislación interna que sigue en buena medida el ejemplo de Estados Unidos en este ámbito jurídico⁹¹.

Sobre todo, como se ha comprobado, la jurisprudencia de los tribunales italianos y, en parte, la de los tribunales griegos, demuestra una tendencia a negar la inmunidad de jurisdicción a Alemania ante demandas civiles relativas a las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, al menos por los tribunales de estos dos Estados⁹². A este respecto, debe ser destacado que toda práctica dirigida a modificar una norma de DI empieza siendo una violación del DI, para convertirse después en una práctica aceptada por la generalidad de los Estados como creadora o de una nueva norma de DI⁹³. La cuestión que se plantea, por consiguiente, es hasta qué punto la jurisprudencia de los tribunales italianos, acompañada en parte por la jurisprudencia de los tribunales griegos, puede constituir una práctica modificativa o creadora de una nueva norma de DI, o, por el contrario, constituye una violación del DI en vigor como afirma la Corte⁹⁴. La Corte se muestra muy escueta a la hora de negar cualquier relevancia a esta jurisprudencia interna en los procesos de formación de normas⁹⁵. A buen seguro, debería haberse detenido algo más

(2011), 143-159, p. 159, la Corte se refiere a la práctica de Estados Unidos de forma elusiva, parcial y enigmática.

⁹¹ En efecto, el 13 de marzo de 2012, el parlamento canadiense adoptó la *Justice for Victims of Terrorism Act*, con la que Canadá pone en vigor una legislación dirigida a negar la inmunidad de jurisdicción respecto de las demandas civiles que presenten las víctimas de actos de terrorismo contra los Estados que hayan sido incluido por el Gobierno de Canadá en la lista de Estados que apoyan a grupos terroristas – hasta la fecha Irán y Siria-, siguiendo así el ejemplo de Estados Unidos: se puede consultar en <http://www.publicsafety.gc.ca/prg/ns/jvt-eng.aspx>.

⁹² Cabe añadir a este respecto, que otro de los Estados que ha ratificado la Convención de 2004, Suiza, reconoce en la Declaración que acompaña al depósito del instrumento de ratificación, que si bien el art. 12 no se aplica a los procedimientos judiciales contra Estados extranjeros relativos a indemnizaciones debidas por violaciones graves de los derechos humanos cometidas fuera del territorio del Estado del foro, "... this Convention is without prejudice to developments in international law in this regard". Asimismo, tanto Noruega como Suecia en sus respectivas Declaraciones al ratificar este convenio, incluyen una cláusula final según la cual los dos Estados "... declares its understanding that the Convention is without prejudice to any future international legal development concerning the protection of human rights".

⁹³ Como se ha señalado, en este ámbito ahora regulado por el Derecho internacional consuetudinario, "... domestic courts are bound to apply the rules of States immunity as they stand (otherwise they will be accused of violating international law, as seen in the above case of *Germany v. Italy* before the International Court of Justice), but at the same time the rules of State immunity may only be changed through State practice": KLOTH, M., *Immunities...*, *op. cit.*, p. 85.

⁹⁴ Cf. a este respecto, BORNKAMM, P.C., "State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in *Jurisdictional Immunities of the State*", *German Law Journal*, vol. 13 (2012), 773-782, pp. 779-780; KRAJEWSKI, M. y SINGER, C., "Should Judges...", *loc. cit.*, pp. 27-30.

⁹⁵ En opinión de ESPÓSITO MASSICCI, c., "*Jus Cogens and Jurisdictional Immunities...*", *loc. cit.*, pp. 165-166, "the review of the State practice conducted by the Court is in my view insufficient as it does not take seriously into account the richness contained in the Italian courts' case law and the importance of these decisions as evidence of an emerging new exception to State's immunity from jurisdiction. The Court seems to have self-limited the range of its inquiry and adopted a restrictive approach to the possibility of new exceptions to jurisdictional immunities". Para una valoración de conjunto de la actuación de los tribunales italianos, en la que se pone de manifiesto que el sostén fundamental sus decisiones lo constituye el recurso a las normas de *jus cogens*, *vid.* EL BOUDOUHI, S., "La motivation

en las contradicciones o tensiones que se pueden presentar en todo proceso de formación o cambio de normas, a los efectos de aclarar su valoración jurídica negativa de la relevancia de dicha práctica judicial. En esta dirección se pronuncian en sentido muy crítico los jueces que acompañan opiniones disidentes⁹⁶.

También resulta cuestionable la valoración de la *opinio juris* que ofrece la Corte, cuando afirma que la ausencia, la inexistencia de posiciones y de declaraciones favorables a reconocer la inmunidad de jurisdicción por parte de los Estados que participaron en el proceso codificador, confirma la inexistencia de una excepción a la inmunidad de jurisdicción en tales supuestos. Desde luego, caben distintas interpretaciones sobre el valor jurídico de los silencios estatales mantenidos a lo largo de un proceso codificador, que se desarrolla en su fase intergubernamental en el seno de la Sexta Comisión de la AG mediante la técnica del consenso, dirigida como es sabido a alcanzar el acuerdo general, que no unánime, de todos los participantes en dicho proceso codificador⁹⁷. En todo caso, Corte podría haber valorado esta supuesta *aquiescencia* a la no codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional, en un tono mucho más prudente, como argumento de carácter secundario, una vez que ha

de la jurisprudence récente de la *Corte Suprema di Cassazione* Italienne sur les immunités juridictionnelles de l'Etat”, *Revue Générale de Droit International Public*, t. 114 (2010), 747-778; GATTINI, A., “The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 24 (2011), 173-200, pp. 178-184; en sentido muy crítico con la jurisprudencia que mantiene la Corte de Casación italiana, FOCARELLI, C., “Diniego dell’immunità alla Germania per crimini internazionali: la Suprema Corte si fonda su valutazioni ‘qualitative’”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 92 (2009), 363-410, para quien a la luz de la argumentación sobre la que se basa la corte, “il rischio è che il diritto internazionale venga *inventato* su misura per il caso di specie in nome di exigente di giustizia che, acceptabili o meno sul piano morale, non trovano riscontro nel diritto internazionale *così come è conosciuto e applicato dai giudici di tutti gli altri Stati*”: p. 380.

⁹⁶ En la breve –10 páginas– opinión disidente del Juez ad hoc, Gaja muy comedida y centrada en el estudio de la práctica internacional, se defiende que a la vista de las incertidumbres que presenta el estudio de la práctica internacional en la materia, se puede considerar que ante la violación de una norma de *ius cogens* por parte de Alemania que no ha sido debidamente reparada, Italia puede decidir como reacción a ese hecho ilícito, aplicar una excepción a la inmunidad de jurisdicción de Alemania ante los tribunales italianos: *Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Gaja*, p. 8: “... a restriction of immunity could well be regarded as an appropriate consequence which would strengthen the effectiveness of compliance with the obligation to make reparation. This would contribute to removing doubts about the lawfulness for a State of exercising its jurisdiction in the ‘grey area’ of injury caused by military activity of a foreign State on the territory of the forum State. In other words, even if immunity covered in general claims regarding damages caused by military activities in the territory of the forum State, it would not extend to claims relating to massacres of civilians or torture in the same territory”. Vid. también la *Dissenting Opinion of Judge Yusuf*, pp. 10-13, sobre el papel de los tribunales internos en los procesos de formación y cambio de las normas internacionales. En la doctrina vid. las críticas que manifiesta CONFORTI, B., “The judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity”, *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 21 (2011), 135-189; ORAKHELASHVILI, A., “International Decisions”, *The American Journal of International Law*, vol. 106 (2012), 609-616, p. 614: “In general, the court’s treatment of State practice is inconsistent”.

⁹⁷ Vid. a este respecto, el trabajo de investigación presentado como segundo ejercicio de las pruebas de habilitación a Catedrático de Universidad 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, de 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*, inédito, Alicante, 2007, 365 páginas.

concluido que el art. 12 de la Convención de 2004 no es de aplicación a la controversia entre Alemania e Italia y después de haber estudiado la práctica legislativa y judicial.

Asimismo, cabe advertir que la Corte recurre de manera muy flexible a las disposiciones de tratados que o bien no están en vigor –Convención de 2004– o bien no vinculan a Italia y Alemania –Convenio Europeo de 1972–, así como al Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado de 2001, como sostén de las principales soluciones jurídicas que ofrece en su fallo. Es comprensible que en el marco de la economía procesal que inexcusablemente debe presidir la labor de la CIJ en un período, como ya se ha señalado, de cierta reactivación del recurso por parte de los Estados a la Corte, en esta Sentencia no se lleve a cabo un análisis profundo y detallado de las interacciones normativas que se derivan de estos textos jurídicos con relación a la costumbre internacional. Pero como se ha podido comprobar con relación a algunas disposiciones de la Convención de 2004 –arts. 6.2 y 19– y algunos preceptos del Proyecto de artículos de 2001, en ocasiones la Corte aplica los citados textos jurídicos a su conveniencia, con un margen de discrecionalidad bastante amplio, sin ofrecer una justificación debidamente fundamentada y desarrollada de su valor jurídico como expresión del Derecho internacional consuetudinario. Lo que contrasta con el rigor y la exhaustividad con los que se ha pronunciado la CIJ a la hora de justificar las interacciones normativas en otros casos que se le han planteado⁹⁸.

3. Balance final: el Derecho internacional como ordenamiento jurídico preponderantemente interestatal

Pero a pesar de estas críticas, se puede concluir que con esta Sentencia la Corte ofrece un resultado que se ajusta el ordenamiento internacional en vigor. La Corte aplica una concepción consensualista del proceso de formación de normas en Derecho internacional⁹⁹ y llega a la conclusión de que el estudio de los medios de prueba de la práctica internacional, acompañado del análisis de la *opinio juris*, no permite afirmar la existencia de una excepción a la *regla general* de la inmunidad de jurisdicción por las lesiones y daños causados por las fuerzas armadas de un Estado extranjero en el territorio del Estado del foro, *en el contexto de un conflicto armado*¹⁰⁰. A buen seguro,

⁹⁸ De entre los que destaca el *caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. EEUU)*, fondo, Sentencia de 27 de junio de 1986, párrafos 172 y ss.

⁹⁹ En su Intervención Oral ante la CIJ, el representante de Alemania, Tomuschat, insistió de forma muy contundente y, a la vista del resultado obtenido, muy convincente, sobre la inexistencia de práctica internacional que confirmara la existencia de dicha excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado, a partir del siguiente presupuesto: “Germany must reiterate its clear stance: general international law consists of rules of positive law, rules that have come into existence by practice and an overarching legal opinion of the international community to the effect that the facts as empirically observable constitute binding precepts”: CR 2011/20, de 15 de septiembre de 2011, pp. 18-22, cita en p. 18.

¹⁰⁰ Los debates celebrados en el *Institute de Droit International* en su sesión celebrada en 2009 en Nápoles, que dieron lugar a la aprobación de la “Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes”, también demuestran las dificultades que se presentan incluso en el ámbito de un instituto científico para tratar de acordar posturas relativas a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional en este ámbito. En efecto, la Ponente, Lady Fox, presentó una propuesta de Resolución en la que se distinguía entre la *lege lata*, según la cual se asumía la vigencia del art. 12 de la Convención de 2004 (*excepción por*

es un resultado que no satisface a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Pero el ordenamiento internacional sigue siendo un ordenamiento jurídico esencialmente interestatal, en el que los intereses de los Estados, por regla general representados por sus Gobiernos, en bastantes ocasiones priman sobre la efectiva protección de los derechos de los particulares.

A este respecto, llama la atención que el propio Juez *ad hoc* nombrado por Italia, Gaja, vote a favor de casi todas las conclusiones a las que llega la Corte, excepto la primera, que es cierto que es la más importante, la referida a la violación por parte de Italia de la inmunidad de jurisdicción de Alemania ante los tribunales italianos. Pero el juez *ad hoc* nombrado por Italia vota en contra de la competencia sobre la demanda reconventional presentada por Italia, y vota a favor de reconocer la inmunidad de ejecución sobre la Villa Vigoni, vota a favor de declarar que Italia viola su obligación de respetar la inmunidad de Alemania al reconocer y ejecutar las sentencias de los tribunales griegos, y vota a favor de que Italia debe cumplir su obligación, a través de las reformas legislativas que sean necesarias, de asegurar que las decisiones de sus tribunales van a respetar la inmunidad de jurisdicción de Alemania de conformidad con el Derecho internacional. Por consiguiente, en este asunto la posición que adopta el juez *ad hoc* Gaja no confirma la tendencia que se aprecia en la gran mayoría de los casos: los jueces *ad hoc* suelen defender la postura jurídica del Estado que les ha propuesto¹⁰¹. ¿Qué puede haber sucedido en este caso?

Es sabido que el Gobierno de Italia dio su apoyo a Gaja para que el pasado mes de febrero de 2012, inmediatamente después de dictarse la Sentencia en el *caso de las*

daños y lesiones cometidos en el territorio del Estado del foro) como expresión del Derecho internacional consuetudinario en vigor por lo que se refiere a las demandas civiles relativas a la comisión de crímenes internacionales por los órganos de un Estado, en cuyo caso el Estado no puede alegar la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales del Estado del foro en cuyo territorio se han cometido tales crímenes internacionales; y la *lege ferenda*, según la cual se proponía aceptar una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro por demandas civiles relativas a los daños sufridos como consecuencia de la comisión de crímenes internacionales *cometidos en cualquier Estado*, “unless it is established that the State has performed its obligations to make reparation in accordance with the applicable international convention or customary international law”, como es obvio como propuesta de desarrollo progresivo del Derecho internacional: *vid. Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 73 (2009), pp. 102-105. Pero tras un largo debate, en el que algunos miembros del IDI se manifestaron contrarios a aceptar esta última propuesta e incluso pusieron en duda la aplicación del art. 12 con relación a *actos jure imperii* (entre los que destaca la oposición que mantuvo Tomuschat, en *ibíd.*, pp. 203-204 y 205), en la Resolución finalmente adoptada se opta por regular, de forma muy restrictiva, los supuestos de inmunidad de jurisdicción de las personas que cometen crímenes internacionales (genocidio, crímenes contra la humanidad, tortura y crímenes de guerra), y se deja absolutamente abierta la cuestión de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales del Estado del foro en el caso de que la comisión de los mencionados crímenes internacionales sea atribuible a tales Estados; el art. IV, titulado “Immunity of States”, se limita a señalar lo siguiente: “The above provisions are without prejudice to the issue whether and when a State enjoys immunity from jurisdiction before the national courts of another State in civil proceedings relating to an international crime committed by an agent of the former State: *ibíd.*, pp. 227-229.

¹⁰¹ Por ejemplo, así lo hace el propio Gaja tras ser nombrado por Georgia como juez *ad hoc* en el *caso relativo a la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, Sentencia sobre Excepciones Preliminares de 1 de abril de 2011; votan en contra de la decisión por la que la Corte afirma que no tiene competencia en este asunto y firma una Opinión Disidente muy contundente a este respecto.

inmunidades jurisdiccionales, fuera nombrado juez de la Corte durante los próximos nueve años. Por tanto, durante estos últimos años el prestigioso jurista italiano ha mantenido una buena relación con su Gobierno. Muy probablemente ocurrió que el Gobierno italiano no tuvo más remedio que defenderse ante la Corte a raíz de la demanda de Alemania, ya que en el marco de un Estado de derecho, su obligación no podía ser otra que respetar y defender la independencia del poder judicial, y por tanto debía respaldar la actuación de sus tribunales. Pero el Gobierno italiano no tenía demasiado interés, más bien muy poco, en que la tesis jurídica defendida por sus tribunales dirigida a reconocer una excepción a la inmunidad de jurisdicción contra Alemania, fuera convalidada por la CIJ¹⁰². El Gobierno italiano tampoco parece que sea en absoluto partidario de que sus tribunales se dediquen a reconocer y ejecutar las sentencias de tribunales de terceros Estados que admiten esta excepción a la inmunidad de jurisdicción, como se plantea en este asunto con relación a los tribunales griegos, por cierto a causa de que el gobierno griego impidió la ejecución de estas sentencias contra los bienes de Alemania en territorio heleno.

A buen seguro, al Gobierno italiano, al igual que a los Gobiernos de otros Estados como Estados Unidos, Reino Unido, Francia..., por citar algunos Estados cuyos ordenamientos jurídicos están basados en los principios de democracia, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos. y que han estado involucrados en un buen número de conflictos armados durante las dos últimas décadas, no les interesa abrir la posibilidad de que las víctimas de violaciones graves del derecho humanitario presenten demandas civiles contra tales Estados ante los tribunales del Estado en cuyo territorio sus fuerzas armadas han cometido dichas violaciones, en el contexto de un conflicto armado. Si así fuera, se podrían presentar miles de demandas¹⁰³. Por citar un ejemplo

¹⁰² Buena prueba de ello, es la Carta de 24 de abril de 2008 enviada por el Secretario General de Presidencia del Consejo de Ministros de Italia, a la Abogacía General del Estado, en la que se respalda la postura jurídica que defiende Alemania ante los tribunales italianos como ajustada al Derecho internacional en vigor, lo que explica que la Abogacía General del Estado defendiera, sin éxito, la inmunidad de jurisdicción de Alemania en los procedimientos desarrollados ante el Tribunal Supremo: como explica y cita Alemania en su Memoria de 12 de junio de 2009, pp. 17-18. En la misma Memoria se cita --p. 2 y nota a pie número 2--, la Declaración Conjunta de ambos gobiernos de 18 de noviembre de 2008, un mes antes de que Alemania presentara la Demanda ante la Corte, en la que se puede leer lo siguiente: "L'Italia rispetta la decisione tedesca di rivolgersi alla Corte Internazionale di Giustizia per una pronuncia sull principio dell'immunità dello Stato. L'Italia, ..., considera che la pronuncia della Corte Internazionale sull'immunità dello Stato sia utile al chiarimento di una complexa questione". Más en concreto, en la Respuesta de Alemania de 5 de octubre de 2010 a la Contra-Memoria presentada por Italia el 22 de diciembre de 2009, Alemania cita --p. 7--, la intervención del Procurador General de la República de 31 de diciembre de 2009 en el caso *Ugo Bonaiuti v. Germany*, en la que se defiende la inmunidad de jurisdicción de Alemania y se rechazan todos los argumentos sobre los que se apoya la Corte de Casación para negar dicha inmunidad; como con anterioridad había destacado GATTINI, A., "The Dispute...", *loc. cit.*, p. 176.

¹⁰³ Como insiste Alemania en su Memoria de 12 de junio de 2009, pp. 69-70, señalando que aceptar la doctrina establecida por la Corte de Casación de Italia en el caso *Ferrini*, supondría abrir la vía para que se presentaran miles de reclamaciones ante los tribunales internos contra los Estados cuyas tropas cometieron violaciones graves del Derecho internacional humanitario durante la Segunda Guerra Mundial, incluidas las tropas italianas. También se insiste en este argumento en las Intervenciones Orales ante la Corte: *CR 2011/17*, de 12 de septiembre de 2011, pp. 55-56, acompañado, además, de los riesgos que supondría el "forum shopping" que estaría a disposición de las víctimas de violaciones graves del

reciente, cabe traer a colación las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el contexto del conflicto armado desencadenado en Libia a lo largo de 2011, en el que todas las informaciones confirman que los aviones de la coalición bajo el mando de la OTAN bombardearon masivamente poblaciones libias controladas por las tropas del Gobierno de Gadafi y causaron numerosas víctimas civiles¹⁰⁴.

También cabe hacer referencia a los conflictos armados que se han sucedido durante la última década, entre otros, en Irak o Afganistán¹⁰⁵. Además, se puede recordar, asimismo, la ocupación armada de lo que hoy es Libia por parte de Italia durante las primeras décadas del siglo XX hasta casi el final de la Segunda Guerra Mundial; ocupación durante la que se cometieron actos por las fuerzas armadas italianas calificables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. No parece nada probable que el Gobierno Italiano esté dispuesto a aceptar que los familiares de las víctimas presenten centenares o miles de demandas civiles ante los tribunales libios y se le niegue a Italia la inmunidad de jurisdicción¹⁰⁶.

En definitiva, en el *Caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte mantiene que en el actual estadio de evolución del ordenamiento internacional –

Derecho internacional humanitario, como así lo demuestra los intentos de ejecutar la Sentencia en el caso *Distomo* ante los tribunales italianos: *ibíd.*, pp. 56-57. Además, en su intervención Alemania advierte que decenas de miles de nacionales alemanes que fueron víctimas de violaciones graves del Derecho internacional humanitario durante la Segunda Guerra Mundial también podrían exigir una indemnización a los Estados vencedores: *CR 2011/20*, 15 de septiembre de 2001, pp. 17-18 y 22-23. En la doctrina *vid* GATTINI, A., “The Dispute...”, *loc. cit.*, pp. 193-197, quien advierte de las dificultades insalvables que para los tribunales internos de cualquier Estado se derivarían de la presentación de miles de demandas civiles por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad.

¹⁰⁴ Según la Resolución 1973, el C. de S. autoriza el uso de la fuerza, a través del eufemismo “todas las medidas necesarias”, con un doble objetivo: a) “para proteger a los civiles y a las zonas pobladas por civiles que estén bajo amenaza de ataque”; y b) “para hacer cumplir la prohibición de vuelos” en el espacio aéreo de Libia. Frente a estos dos supuestos en los que el C. de S. autoriza el uso de la fuerza, lo cierto es que, entre otras actuaciones, los aviones de la OTAN han bombardeado masivamente las poblaciones bajo control de las tropas gubernamentales, con el objetivo explícito de decantar el curso de las hostilidades a favor de los partidarios del Gobierno de Transición Nacional, aún a costa de provocar víctimas civiles, lo que resulta claramente contrario a lo dispuesto por la mencionada Resolución 1973. Por ejemplo, a finales de septiembre de 2011, según una información periodística los aviones de la OTAN bombardeaban todas las noches, entre las once de la noche y las cinco de la mañana los edificios del centro de la localidad libia de Sirte, el último bastión de las tropas gubernamentales, causando un buen número de víctimas civiles: *El País*, 28.9.2011.

¹⁰⁵ A los que se refirió expresamente el Representante de Alemania, Tomuschat, en su Intervención oral ante la Corte, como ejemplos de conflictos armados en los que se habían cometido violaciones graves del Derecho internacional humanitario sin que en ningún caso se hubiera negado la inmunidad de jurisdicción de los Estados presuntamente responsables ante los tribunales del foro: *CR 2011/20*, de 15 de septiembre de 2011, pp. 22-23.

¹⁰⁶ Por el contrario, a este respecto merece ser mencionado que en 2008 se celebró un acuerdo bilateral entre Italia y Libia, en el que, entre otras cuestiones, *Italia se compromete a pagar al Gobierno de Libia en aquel entonces liderado por Gadafi*, un total de 5000 millones de dólares en un período de 20 años, en compensación por los daños causados como consecuencia de la ocupación italiana de los territorios que hoy constituyen Libia durante el período que se inicia en 1911 y finaliza con la derrota de las tropas italianas durante la Segunda Guerra Mundial: RONZITTI, N., “The Treaty on Friendship, Partnership and Cooperation between Italy and Libya: New Prospects for Cooperation in the Mediterranean”, *Bulletin of Italian Politics*, vol. 1 (2009), 125-133.

evolución a la que la propia Corte contribuye con esta Sentencia, poniendo freno al menos de momento a cualquier proceso de formación de normas dirigido a reconocer una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero en este ámbito--¹⁰⁷, la tensión o contradicción jurídica que se puede presentar ante los tribunales internos, entre la aplicación de las normas de *jus cogens* sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario a los efectos de obtener una reparación a resultas de una demanda civil contra un Estado Extranjero por los actos cometidos por sus tropas en el marco de una situación de conflicto armado en el territorio del Estado del foro¹⁰⁸, y la aplicación las normas que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro, se resuelve en el Derecho Internacional contemporáneo a favor de los intereses que defienden la mayoría de los Estados en la política exterior que desarrollan sus Gobiernos. Intereses dirigidos en última instancia a salvaguardar sus prerrogativas de entes soberanos no sometidos a la

¹⁰⁷ En esta dirección, debe destacarse que la Sentencia de 3 de febrero de 2012 constituye un referente para otras jurisdicciones internacionales e internas, que podrán hacer uso de la jurisprudencia de la CIJ como apoyo para reconocer la inmunidad de jurisdicción ante situaciones idénticas o próximas al supuesto de hecho contemplado en la controversia entre Alemania e Italia resuelta por la Corte con la citada Sentencia. Por ejemplo, la Sentencia de la CIJ de 3 de febrero de 2012, es citada por el Tribunal Supremo de Holanda en el caso *Mothers of Srebrenica v. Netherlands and United Nations*, Sentencia de 12 de abril de 2012, en la que se reconoce la inmunidad de jurisdicción de la Organización de las Naciones Unidas frente a las demandas civiles presentadas ante los tribunales holandeses por los familiares de las víctimas de la masacre de Srebrenica. Para el Tribunal Supremo Holandés, después de citar la Sentencia de la CIJ de 3 de febrero de 2012, “the difference between the immunity of States and the immunity of International organizations did not justify a different assessment of the relation between the immunity of the UN and the right of access to court than of the relation between the immunity of the State and that right. The immunity of the UN applied irrespective of the gravity of the allegations”. En este mismo sentido, se ha destacado que los tribunales italianos deben aplicar el Derecho internacional consuetudinario según ha sido determinado por la CIJ en su Sentencia de 3 de febrero de 2012, de conformidad con lo previsto en el art. 10 de la Constitución italiana, en el que se acepta la incorporación directa y automática del Derecho internacional consuetudinario que vincula a Italia en el ordenamiento jurídico interno italiano; de hecho, en la Sentencia de la Corte de Casación de 3 de mayo de 2012 se reconoce la inmunidad de jurisdicción de Alemania frente a una demanda civil relativa a los crímenes de guerra cometidos por las fuerzas armadas alemanas durante la Segunda Guerra Mundial: vid. el texto de esta sentencia en *Rivista*, vol. XCV (2012), pp. 916-922; en la doctrina, los comentarios de CIAMPI, A., “The International Court of Justice between ‘Reason of State’ and Demands for Justice by Victims of Serious International Crimes”, *Rivista*, vol. XCV (2012), 374-398; SOSSAI, M., “Are Italian courts directly bound to give effect to the Jurisdictional Immunities Judgment?”, *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 21 (2011), 175-189, p. 182 y notas a pie que acompañan; PADELLETTI, M.L., “L’esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle immunità dalla giurisdizione nel caso Germania c. Italia: una strada in salita?”, *Rivista*, vol. XCV (2012), 444-450, pp. 446-447.

¹⁰⁸ Conviene insistir en que en este caso la Corte se limita a resolver la controversia que se le somete, delimitada al supuesto de hecho referido a las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas por las tropas alemanas durante la Segunda Guerra Mundial, en una situación de conflicto armado. Por tanto, no se debe trasladar automáticamente la solución que ofrece la Corte en este caso a aquellos supuestos en las que las violaciones graves de los derechos humanos se cometan al margen de una situación de conflicto armado. Si así hubiera sido en este caso, la Corte podría haber denegado la inmunidad de jurisdicción de Alemania por los hechos atribuibles al Estado germánico cometidos en territorio italiano, siguiendo así, entre otros, el precedente que supone el asunto *Letelier* y, sobre todo, lo dispuesto en el art. 12 de la Convención de 2004; siempre que la Corte hubiera demostrado, claro está, que este precepto es declarativo del Derecho internacional consuetudinario en vigor por lo que se refiere a su aplicación a los actos *jure imperii*, cuestión esta sobre la que la Corte no se ha pronunciado en este caso.

jurisdicción de los tribunales de terceros Estados por los actos llevados a cabo por sus tropas armadas en el territorio de terceros Estados en el contexto de una situación de conflicto armado; pero en detrimento de la protección de los derechos del particular y la efectiva reparación de sus violaciones¹⁰⁹. Lo que en última instancia demuestra que, al igual que ocurre en otros sectores de normas¹¹⁰, en el ámbito de las inmunidades jurisdiccionales del Estado, la estructura relacional o interestatal del ordenamiento internacional también se manifiesta con todo su protagonismo; así ha sido reconocido con suma claridad por la Corte en este caso¹¹¹.

¹⁰⁹ Ante este resultado en absoluto satisfactorio para las víctimas de tales violaciones, desde la doctrina se han formulado algunas propuestas de *lege ferenda*. Así, ESPÓSITO MASSICCI, C., *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Madrid, 2007, pp. 262-263, 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 inmunidad de jurisdicción; asimismo, plantea como alternativa, “algo menos ambiciosa, pero no menos difícil de lograr”, la negociación de un protocolo sobre derechos humanos a la Convención de 2004: *Ibid.*, pp. 263-264. También cabe proponer (FERRER LLORET, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado...”, *loc. cit.*, p. 59), que en el marco del Consejo de Europa se regule una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero en el caso de violaciones graves de los derechos humanos, a modo de Protocolo al Convenio Europeo, que permitiría la ejecución de las Sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que se determinaran tales violaciones, sobre los bienes de cualquier Estado parte en dicho Protocolo que estuvieran destinados a actividades de *iure gestionis*, situados en el territorio de cualquier otro Estado parte; aunque de momento se aprecian muy pocas posibilidades de que los Estados miembros del Consejo de Europa se pongan de acuerdo para que este Protocolo llegue a ser adoptado y entre en vigor.

¹¹⁰ Por ejemplo, en el marco del Derecho internacional penal, durante la última década se aprecia una clara tendencia a restringir el alcance del principio de jurisdicción penal universal ante genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, tortura y otras violaciones graves de los derechos humanos, después de que cobrara actualidad la puesta en práctica de este principio por parte de los tribunales de algunos Estados, en particular de Bélgica y de España, a finales de los años noventa y principios de la siguiente década. Las reformas legislativas adoptadas en estos dos Estados, motivadas en buena medida por las presiones ejercidas por Gobiernos de terceros Estados (Estados Unidos, China...), y que sin duda limitan las posibilidades que se presentan para que las víctimas de tales violaciones puedan entablar procedimientos penales de conformidad con el citado principio, así lo vienen a confirmar: para el análisis de la reforma de la legislación española a través de la LO 1/2009 (*BOE*, 4 de noviembre de 2009), *vid.* ESTEVE MOLTÓ, J.E., “Causes and Initial Effects of the Spanish Organic Law 1/2009 Reforming the Principle of Universal Jurisdiction in Spain”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. XVI (2010), 19-53; FERRER LLORET, J., “The Principle of Universal Criminal Jurisdiction in Spanish Practice (2003-2009)”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. XV (2009), 63-105; PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España*, Barcelona, 2009, pp. 109-125.

¹¹¹ Para CIAMPI, A., “The International Court of Justice...”, *loc. cit.*, pp. 397-398, “Independently from the level of awareness and sensitivity of the judges sitting on the bench towards human rights, no doubt the proceedings before the ICJ are not meant to allow for *directly* taking into account *individual* positions as opposed to that of the applicant and the respondent States. In this respect, therefore, the principal judicial organ of the United Nations appears as a State-oriented Court, unlikely to rule against the general interests of States”. Como señala FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., “Las lesiones...”, *loc. cit.*, epígrafe 3, la postura que mantiene la Corte, “...es únicamente coherente con una percepción estatocéntrica del Derecho internacional, impermeable a la dignidad y los derechos de la persona humana”. Basta señalar a este respecto, que a lo largo de esta Sentencia de la CIJ, no se cita en ninguna ocasión la Resolución 60/147 de la AG, 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 derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.