

# JURISDICCIÓN PENAL UNIVERSAL SOBRE CRÍMENES INTERNACIONALES E INMUNIDADES DEL ESTADO EXTRANJERO Y SUS AGENTES

Antonio Remiro Brotóns

Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones  
Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid  
Miembro del Instituto de Derecho Internacional

**Sumario:** 1. La proclamación de una jurisdicción universal, un derecho soberano. 1.1. El principio de jurisdicción universal ante la Corte Internacional de Justicia. 1.2. Los pronunciamientos de la doctrina colectiva sobre la jurisdicción más amplios. 1.3. Conclusión sobre las normas generales de Derecho internacional sobre la jurisdicción universal. 2. La relación entre el principio de jurisdicción universal y la regla *aut dedere aut judicare*. 3. La inmunidad de la jurisdicción penal de los agentes del Estado extranjero. 4. La inmunidad del Estado extranjero.

¿Qué es antes? ¿El huevo o la gallina? Una vez más la *vexata quaestio*. En rigor lógico, la inmunidad del Estado extranjero y de sus agentes ha de plantearse como una excepción a la admisión de un caso sobre el que juez ostenta jurisdicción. Pero el rigor lógico cede a menudo frente al sentido práctico de quienes se preguntan: ¿para qué elaborar un discurso sobre la jurisdicción si, una vez establecida esta, nos vamos a topar con unas inmunidades que van a derrotarla en el campo de batalla procesal? De ahí que con frecuencia el artista sea preterido por el pintor de brocha gorda que prescinde de los matices para pasar el rodillo y hacer de la

jurisdicción y la admisión la misma cosa, afirmándose a menudo que los jueces *carecen* de jurisdicción sobre crímenes internacionales por causa de las inmunidades del Estado extranjero y de sus agentes, en lugar de decir que los jueces no pueden *ejercer* su jurisdicción sobre tales crímenes debido a las *dichosas* inmunidades<sup>1</sup>. Hay, sin embargo, unas enseñanzas concatenadas que se desprenden de esta constatación: es inútil acometer una política para reducir el alcance de las inmunidades cuando previamente no hemos asentado sobre bases firmes y ampliado la jurisdicción sobre los crímenes internacionales atribuidos a los agentes del Estado

extranjero en una doble dirección: una que apunta al agente en términos esencialmente penales, y otra que apunta al Estado mismo en términos de responsabilidad internacional por los actos de sus agentes. De nada serviría recortar las inmunidades en supuestos en que no ha sido establecida la jurisdicción sobre el crimen. Pero, igualmente, ¿de qué ha de servir ensanchar las bases de la jurisdicción si mantenemos las inmunidades como intangibles?

Aunque ambas políticas deben ser concertadas, el primer movimiento debe procurar ensanchar las bases de jurisdicción hasta alcanzar El Dorado de la jurisdicción universal. Cuando atravesamos el Rubicón del siglo XX para entrar en el XXI vivimos un momento de grandes esperanzas —tomando prestada la cabecera de la célebre novela por entregas de Charles Dickens—. La orden de arresto y solicitud de extradición del general Pinochet —de visita en Londres para comprar armas y operarse una hernia— que dictó el juez Garzón tuvo el efecto de los cohetes que sitúan en órbita un ingenio espacial. Yo mismo me sentí entonces (1999) atraído por el tema como no lo había estado antes, y publiqué una monografía y alguna secuela sobre el caso Pinochet (Remiro Brotóns, 2003). Luego seguí prestando una atención a tiempo parcial a las vicisitudes de la justicia universal, especialmente en España<sup>2</sup>, y en 2013 publiqué mi último trabajo sobre el tema, de título sombrío: «Malos tiempos para la justicia universal» (Remiro Brotóns, 2013). Posteriormente, los tiempos malos han devenido pésimos tras la última chapuza exprés endosada por las Cortes en 2014 cuando el rodillo de la mayoría absoluta en el Congreso del Partido Popular acabó de aplastar las modestísimas expresiones de la jurisdicción universal que habían sobrevivido inadvertidamente a la guadaña manejada al alimón en 2009 por socialistas, populares y nacionalistas vascos y catalanes en insólita exhibición de concertación<sup>3</sup>.

El hecho de que se hayan escrito y publicado sobre este devenir excelentes trabajos excusa que yo ahora trate de sorber su ciencia como un buscavidas se apresta a robar mediante una

cánula el combustible del depósito de un vehículo bien aprovisionado<sup>4</sup>. Me limito, pues, en este punto, a recomendar al lector interesado que busque sus fuentes en estos trabajos y, por mi parte, a hacer una constatación: en su prosaico empeño por cegar la jurisdicción universal por consideraciones utilitarias de carácter político y económico, el legislador español ha dañado la córnea de otras bases jurisdiccionales —como la personalidad pasiva—, de manera que la condición española de una víctima de un crimen cometido en el extranjero puede verse hoy desamparada por los tribunales españoles y, además, con efecto retroactivo. Es difícil mantener la compostura ante semejante desmán legislativo. El caso Couso es probablemente el más emblemático de los casos por ser Couso español de origen, a diferencia de Thubten Wangchen Sherpa Sherpa, que no lo era cuando vivió en primera persona las torturas y vejaciones de que se acusaba a antiguos dirigentes de la República Popular China<sup>5</sup>.

Conforme a la ley en vigor, la única ventana abierta a la jurisdicción universal se limita a los delitos «cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos» (artículo 23.4, p, de la LOPJ). Por esta ventana podían deslizarse los crímenes de guerra, teniendo en cuenta lo que disponen los Convenios de Ginebra de 1949, de los que España es parte, y así lo interpretó el juez Pedraz en la Audiencia Nacional para salvar la jurisdicción sobre el caso Couso<sup>6</sup>. Pero la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de mayo de 2015 (STS 296/2015), relativa al caso Tibet, ha derramado un jarro de agua fría sobre quienes han tratado de aprovechar este recurso, dictaminando el carácter no *self-executing* de las cláusulas convencionales.

Según la sentencia, el compromiso derivado de los tratados de ejercitar la jurisdicción universal debe hacerse efectivo por los Estados parte incorporándolo a su legislación interna.

Asumiendo un patente dualismo, considera la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que es preciso que la normativa interna establezca específicamente la jurisdicción, defina y sancione los distintos tipos delictivos y señale las penas correspondientes para que sea respetado el principio constitucional de legalidad. Según la Sala, el apartado p del artículo 23.4 de la LOPJ no es aplicable a los supuestos específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, lo que significa que, en los supuestos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, los fundamentos de jurisdicción se limitan a los previstos en el apartado a del artículo 23.4. De acuerdo con esta disposición, tratándose de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado se aplican los principios de personalidad activa (español o extranjero residente habitual en España) y de sustitución o representación (extranjero que se encuentra en España y cuya extradición es denegada), de manera que un presunto genocida o incluso un victimario de ciudadanos españoles puede viajar y hacer turismo por España si nadie solicita su extradición.

Así pues, el juez Pedraz, sin escatimar la expresión de su malestar, se vio obligado a elevar a la Sala de la Audiencia Nacional para su sobreseimiento y archivo un caso con sólidos indicios de comisión de un crimen de guerra por la tripulación de un carro de combate norteamericano en Bagdad contra un periodista español, crimen que iba a quedar impune<sup>7</sup>. El sobreseimiento del caso por la Audiencia Nacional, el 15 de noviembre de 2015, y la negativa a plantear una cuestión de inconstitucionalidad de la ley por incompatibilidad con obligaciones de España conforme a los Convenios de Ginebra, fueron confirmados por el Tribunal Supremo un año después (27 de octubre de 2016). Caso sepultado —aunque si a Bogart y a la Bergman siempre les quedará París<sup>8</sup>, a los deudos de Couso tal vez les quede Estrasburgo—.

La conclusión es que, en España, la base jurisdiccional para la persecución de los crímenes internacionales (genocidio, crímenes de lesa

humanidad, torturas y de guerra) es estrecha. Y lo es porque se ha impuesto una política legislativa regresiva a partir del momento en que el Tribunal Constitucional tumbó la interpretación *contra legem* del artículo 23.4 que una Sala de lo Penal del Tribunal Supremo muy dividida adoptó para enterrar judicialmente la justicia universal<sup>9</sup>, rescatada *in extremis* por el guardián máximo de la Constitución<sup>10</sup>.

Esa política regresiva debió de ser considerada una *política de Estado* si nos atenemos al concierto del Partido Popular con el Partido Socialista, masa coral a la que se sumaron los grupos nacionalistas entonces preponderantes en Cataluña y el País Vasco. Esa política regresiva de Estado contó, además, con una generalizada aceptación de la opinión pública, a la que le gusta declararse por las causas más nobles siempre que salgan gratis, lo que no era el caso. ¿Es censurable? Todo depende de los valores que se asuman como prioritarios. Los negocios, combinados con la defensa de los puestos de trabajo, la alianza sin fisuras con el *campeón de Occidente* en toda clase de luchas o el temor de que una persecución de presuntos criminales israelíes se califique de antisemitismo y se nos eche en cara a Isabel la Católica —pero no santa— a pesar de los gestos para lavar culpas seculares, pueden prevalecer sobre el acceso a la justicia de víctimas lejanas con las que no guardamos más conexión que la condición humana o una relación histórica desleída. Esto se llama pragmatismo, o incluso ética de la responsabilidad, esto es, velar por el interés dizque general de la nación por encima de principios morales o de misiones cervantinas que nos vienen anchas en nuestra actual condición de decrepita potencia en lo universal, ya sin destino. El Gobierno del Partido Popular llevó en 2014 esa política hasta el extremo de desamparar incluso a los ciudadanos españoles víctimas en el extranjero de los crímenes internacionales. Grotesco, si no fuera patético.

Quienes quieran revertir esta consumada tendencia a la legítima vulgaridad de los miserables que traducen nuestras leyes en vigor y han de aplicar los jueces con mayor o menor

benevolencia, tienen por delante una misión titánica. Ciertamente, ya no tendrán que esforzarse por argumentar que establecer la jurisdicción universal en su acepción de *iudex apprehensionis* es una facultad soberana de cada Estado —y una obligación internacional solo si la han convenido mediante tratados—, pero no podrán servirse de la Corte Penal Internacional como coartada de la sustracción de jurisdicción universal a los jueces estatales, por ser la de la Corte una jurisdicción subsidiaria y, hasta ahora, añadamos, poco eficiente.

## 1. LA PROCLAMACIÓN DE UNA JURISDICCIÓN UNIVERSAL, UN DERECHO SOBERANO

Incorporar la jurisdicción universal al ordenamiento procesal de un Estado para perseguir a los implicados en crímenes internacionales es, acabamos de decir, facultativo, y obligatorio solo si se es parte en tratados en que así se ha convenido. Cuando se produjo el caso Pinochet, las autoridades chilenas acusaron a España de pretender ejercer una jurisdicción abusiva, incompatible con los límites que, según la cancillería chilena, imponían las normas generales del Derecho internacional. La acusación se disolvió en cuanto el general de afluado registro vocal, saltando de la silla en que había descendido del avión que lo trasladó a Santiago desde Londres por lo malito que estaba, se dirigió a sus compatriotas. Un milagro de desconocida intercesión celestial, aunque presumible intervención política. En todo caso, la idea de acudir con el contencioso a la Corte Internacional de Justicia o a un arbitraje decayó.

### 1.1. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Después, no han faltado casos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en que esta cuestión se ha planteado siquiera indirecta-

mente. El colegio judicial ha optado, sin embargo, por salirse por la tangente. Así ocurrió cuando la República Democrática del Congo (RDC) demandó a Bélgica a cuenta de la orden de arresto internacional que un juez de instrucción belga había expedido contra el ministro de relaciones exteriores congoleño, Abdulaye Yerodia Ndombasi, con el propósito de solicitar su extradición por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra presuntamente cometidos antes de asumir su cargo. Sin embargo, tras haber impugnado el fundamento de la jurisdicción belga, considerándola disconforme con el Derecho internacional general, la RDC abandonó este argumento y Bélgica fue finalmente condenada por la Corte con base en la inmunidad de los agentes de un Estado extranjero en activo en el momento de la interposición de la demanda<sup>11</sup>.

Qué habría decidido la Corte, caso de haber mantenido el Gobierno congoleño su discurso inicial, es materia de especulación. Algunos jueces expresaron sus puntos de vista en opiniones individuales y disidentes<sup>12</sup>. Unos, como el presidente Guillaume y el juez Rezek, se manifestaron contra el principio de universalidad. El juez Ranjeva llegó, con pesar, a la misma conclusión. Otros jueces —entre ellos, Higgins, Kooijmans y Buergenthal— convinieron, sin embargo, en la idea de la jurisdicción universal; en una opinión conjunta, lo hizo el juez Koroma; en una opinión separada, el juez Al-Kashawneh, al menos implícitamente, en una opinión disidente, y la juez *ad hoc* Van den Wyngaert, también disidente. Pero los siete jueces restantes guardaron silencio. Por lo demás, ninguno de ellos, parlantes o silentes, es miembro de la Corte en su actual composición.

Una segunda oportunidad surgió con la demanda interpuesta en 2003 contra Francia por el otro Congo (la República del Congo, el antiguo Congo francés o Congo-Brazzaville), al sostener el demandante el carácter ilícito de una competencia basada en el principio de persecución universal. Pero después de avanzar el procedimiento escrito a paso de ganso, que evidenciaba la intención de las partes de alcan-

zar un acuerdo extrajudicial, la República del Congo comunicó su desistimiento de la acción y, no habiendo sido objetado por Francia, la Corte retiró el caso de su lista el 16 de noviembre de 2010<sup>13</sup>.

También la demanda belga de 19 de febrero de 2009 sobre la obligación de Senegal de juzgar o entregar al antiguo presidente de Chad, Hissène Habré (con un procedimiento abierto en Bélgica por crímenes de lesa humanidad y torturas) pudo dar lugar a un pronunciamiento de la Corte, en la medida en que el demandante no solo acusaba a Senegal de infringir sus obligaciones conforme a la Convención contra la Tortura, sino también las que le incumbían de acuerdo con normas de Derecho internacional consuetudinario. Además, la jurisdicción belga sobre el caso Habré solo podía basarse en el principio de jurisdicción universal si se atiende al hecho de que Bélgica carecía de conexiones personales pasivas en la fecha de su comisión con los crímenes que se imputaban al tirano chadiano asilado en Senegal.

Sin embargo, la Corte hiló fino para evitar un pronunciamiento. En su sentencia de 20 de julio de 2012, la Corte, que condenó a Senegal por haber incumplido los artículos 6.2 y 7.1 de la Convención contra la Tortura, fundó la admisibilidad de la demanda en el simple hecho que Bélgica es parte en una Convención que, mediante la consagración de obligaciones *erga omnes partes*, expresaba un *interés común* en su observancia; de esta manera se desembaraza del análisis del *interés especial* que pudiera tener el demandante como Estado perjudicado (lo que habría obligado a considerar los fundamentos de su jurisdicción)<sup>14</sup>.

Asimismo, observando que en la fecha de interposición de la demanda no se había evidenciado controversia entre las partes sobre la infracción por Senegal de una presunta obligación de persecución universal de crímenes internacionales con base en normas de Derecho internacional consuetudinario, la Corte se quita el muerto de encima declarando inadmisibile la demanda en este punto<sup>15</sup>.

Uno de los jueces, el francés Abraham, disidente al respecto, hace una interesante distinción entre la *obligación* de Senegal de perseguir a Habré en sus tribunales con base en un principio de justicia universal consagrado por normas de *Derecho internacional consuetudinario*, obligación cuya existencia considera no probada<sup>16</sup>, y la *facultad* que conforme a esas mismas normas pueda disfrutar cualquier Estado para atribuir competencia universal a sus jueces, cuestión sobre la que la Corte no tenía por qué pronunciarse en este caso. No estaba en juego la *licitud* de la jurisdicción universal en Derecho internacional, sino la *obligación* de asumirla<sup>17</sup>.

Entre los demás miembros de la Corte, el juez Cançado Trindade, que ya con ocasión de la denegación de las medidas cautelares solicitadas por Bélgica (Orden de 28 de mayo de 2009) se había manifestado claramente favorable al principio de universalidad en la persecución de estos crímenes<sup>18</sup>, sostuvo en su opinión individual este principio en los términos más amplios, conforme a su visión humanista del Derecho internacional<sup>19</sup>.

## 1.2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA DOCTRINA COLECTIVA SOBRE LA JURISDICCIÓN MÁS AMPLIOS

En el plano de la doctrina colectiva no existen pronunciamientos a favor de una *obligación* de los Estados, resultante de una norma general de Derecho consuetudinario, de perseguir penalmente a los responsables de crímenes internacionales con base en el principio de jurisdicción universal. En cambio, ya desde los tiempos del *Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime* presentado en 1935 por el Harvard Research in International Law, existen señeras proclamaciones sobre la *facultad* de los Estados de asumir ese principio en la variable *moderada*, que condiciona la jurisdicción a la presencia del presunto culpable en su territorio (*iudex apprehensionis*) unida al patrocinio de políticas legislativas para que así sea<sup>20</sup>. En el mismo sentido ha de interpretarse el artículo

8 del *proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* (1996) de la Comisión de Derecho Internacional (CDI).

¿Y si los presuntos criminales no estuvieran físicamente a disposición de los jueces *universales*? La variable *absoluta* del principio de universalidad cuenta con menos patronos. Si se rechaza, la pretensión de los jueces españoles de someter a juicio al general Pinochet habría sido, por poner un ejemplo, internacionalmente ilícita, en la medida en que Pinochet no se encontraba en España al admitirse a trámite la demanda.

Pero cabe matizar. Realmente, la presencia del inculcado ante el juez que pretende someterlo a juicio no es imprescindible —aunque siempre sea conveniente— para la instrucción del proceso. No se ve, por otro lado, razón para bloquear la vía de la extradición que ha de permitir esa presencia. De ahí que, con muy buen juicio, en los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, resultado del examen de la legislación comparada por un grupo de académicos y expertos, se sostenga que la presencia del acusado es condición para el *ejercicio* de la jurisdicción universal y se declare al mismo tiempo que, con base en esta jurisdicción, puede solicitarse la extradición de un presunto responsable<sup>21</sup>.

Asimismo, la resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional (IDI) en su sesión de Cracovia (2005), tras afirmar inequívocamente el fundamento en el Derecho internacional consuetudinario de la competencia universal respecto a los crímenes internacionales, excluye los actos de instrucción y las solicitudes de extradición cuando exige la presencia del sospechoso en el territorio (nave, aeronave...) del Estado que lo persigue<sup>22</sup>.

Concurrente con la competencia de otros jueces estatales fundada en los principios de territorialidad y de personalidad activa o pasiva, la posición del juez *universal* debe entenderse como *complementaria* o *coadyuvante*, no solo porque lo exige la ley estatal en ocasiones, sino también porque lo impone el sentido común y

el de la oportunidad en todas ellas. Los jueces del lugar donde ocurrieron los hechos, más aún si están conectados por nacionalidad o residencia habitual con los implicados, son los jueces *naturales* de estos crímenes, y debe dárseles prioridad y un cierto margen de tiempo antes de que extraigan conclusiones sobre su voluntad, capacidad e independencia de actuación<sup>23</sup>.

En este sentido, la resolución del IDI propone que: «El Estado de detención de un sospechoso debería, antes de la apertura de un procedimiento fundado en la competencia universal, requerir del Estado en cuyo territorio se cometió el crimen o del Estado de la nacionalidad de la persona concernida, su disposición para perseguir a esa persona, a menos que tales Estados carezcan manifiestamente de la voluntad o sean incapaces de hacerlo». Asimismo, añade la resolución, «en la medida en que se funde únicamente en la competencia universal, el estado de detención de un sospechoso debería considerar, en su caso, con toda la atención requerida, la aceptación de una solicitud de extradición que le sea dirigida por un Estado con una conexión significativa, como principalmente la territorialidad o la nacionalidad, con el crimen, el sospechoso o la víctima, siempre que dicho Estado sea claramente capaz y tenga la voluntad de perseguirlo»<sup>24</sup>.

### 1.3. CONCLUSIÓN SOBRE LAS NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Si no existe, por ahora, una norma internacional general que *obligue* a los Estados a incorporar el principio de jurisdicción universal a sus leyes, tampoco existe norma internacional general que lo *prohiba* respecto a los crímenes internacionales. En otras palabras, los Estados, en el estadio actual de desarrollo del Derecho internacional, están *facultados* para fundar en dicho principio la competencia de sus jueces. Si y en qué medida lo hagan dependerá de sus *policies*, determinadas, *inter alia*, por la relevancia que concedan a la protección de los dere-



chos humanos y la incidencia que la persecución de los crímenes sobre la base del principio de universalidad pueda tener en sus objetivos de política exterior.

Partiendo de esta *facultad*, los Estados pueden *obligarse* mediante tratados a ejercerla. Ese es el caso de los crímenes de guerra, pues los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977 implican la *obligación* de las Partes de juzgar a los presuntos criminales arrestados en un territorio bajo su jurisdicción con independencia del lugar de comisión de los hechos, de las circunstancias personales de los implicados y de la existencia o no de una demanda de extradición<sup>25</sup>. La Convención contra la Tortura (1984) puede interpretarse en esta clave, especialmente tras las sentencias del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia (TPIY) en *Prosecutor vs. Anto Furundzija*<sup>26</sup> y de la CIJ en las *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar*, de 20 de julio de 2012<sup>27</sup>. Y también, en términos menos exigentes, la Convención sobre la eliminación y represión del crimen de *apartheid* (1973)<sup>28</sup>. No fue el caso, sin embargo, de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio (1948)<sup>29</sup>. Una forma de avanzar sería extender mediante tratados esta obligación a otros crímenes internacionales.

## 2. LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y LA REGLA *AUT DEDERE AUT JUDICARE*

Esta última consideración conduce a considerar la relación que guarda el principio de jurisdicción universal con la regla *aut dedere aut judicare* (*aut punire* decía Grocio en tiempos menos atentos a la presunción de inocencia)<sup>30</sup>. Para evitar la impunidad, se ha tejido una tupida red de tratados que instrumentan la cooperación internacional en la lucha contra los crímenes internacionales y otras formas de delincuencia internacional adoptando esta regla

de *entregar o juzgar*, hoy tan generalizada que la CDI la incluyó en 2005 en su programa de trabajo<sup>31</sup>, aunque finalmente decidió desembarazarse honorablemente de ella adoptando un informe final en 2014<sup>32</sup> que acabó dando la razón a quienes, entre sus miembros, dudaban de que la Comisión pudiera hacer aportaciones sustanciales<sup>33</sup>.

Entretanto, en 2009 la CIJ utilizó la *obligación de perseguir o extraditar* como rúbrica para identificar las cuestiones suscitadas por la demanda interpuesta por Bélgica contra Senegal a la que ya hemos aludido. Y es que la naturaleza y alcance del artículo 7.1 de la Convención contra la Tortura (1984), que incorporaba esta regla, era uno de los ejes sobre los que giraba el contencioso. La CDI, por su parte, no ha dejado de subrayar la importancia de analizar la sentencia de la Corte, leída el 20 de julio de 2012, al ordenar sus futuros trabajos<sup>34</sup>. En este caso, la opinión individual del juez Yusuf fue muy esclarecedora de las diferentes caras que puede ofrecer la regla<sup>35</sup>.

La regla, en efecto, puede *cargar* sobre la obligación de perseguir o sobre la obligación de extraditar. Lo primero es lo que ocurre con el artículo 7.1 de la Convención contra la Tortura (1984), pues, como advierte la Corte, la extradición es, en este supuesto, una opción liberatoria de la obligación del Estado que prefiere abstenerse de perseguir criminalmente al presunto responsable de torturas arrestado en su territorio<sup>36</sup>. Pero en otros instrumentos la persecución por el Estado de arresto es una obligación que se deduce solo de su negativa a extraditarlo al país que lo reclama cumpliendo las condiciones convenidas (*principio de sustitución* o de *representación*). En este caso, la regla parte de la premisa del interés de un Estado conectado con el crimen —por ser el lugar de comisión de los hechos o de la nacionalidad o residencia de los sujetos implicados, o por un interés específico de protección y defensa— de perseguir a individuos que localiza en el territorio de otro Estado. Si en la primera hipótesis la obligación de persecución se mantiene de no haber solicitudes de extradición, en la segunda

no hay obligación de juzgar a quien no es reclamado por otro Estado.

La regla *aut dedere aut judicare* no debe, pues, confundirse con el principio de persecución universal<sup>37</sup>, a pesar del nexo que existe entre ellos<sup>38</sup>, especialmente cuando el principio se concreta en el *iudex apprehensionis* y la regla *carga* sobre la obligación de perseguir. Desde luego, el *iudex apprehensionis* de un presunto responsable de genocidio o de crímenes contra la humanidad estaría obligado en todo caso, incluso en ausencia de tratados, a aplicarla, como lo está cuando de crímenes de guerra o de tortura se trata<sup>39</sup>.

### 3. LA INMUNIDAD DE LA JURISDICCIÓN PENAL DE LOS AGENTES DEL ESTADO EXTRANJERO

Superadas las dificultades del fundamento de su jurisdicción, los jueces estatales —a diferencia de los internacionales— chocan fatalmente con el muro de las inmunidades de los agentes extranjeros en activo, vigorosamente afirmada por la CIJ en la sentencia de 14 de febrero de 2002<sup>40</sup>. El órgano judicial principal de las Naciones Unidas no desea arriesgar la estabilidad de las relaciones internacionales debido a las turbulencias que pueda generar la persecución descentralizada de los crímenes, por abyectos que sean<sup>41</sup>.

La cuestión es importante y actual, hasta el punto de que en 2007 la CDI decidió incluirla en su programa de trabajo. Al cabo de diez años, la Comisión parece haber convenido los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae* y *ratione personae* (dejando a salvo las reglas especiales aplicables a agentes diplomáticos, consulares, de misiones especiales y fuerzas armadas) y se dispone a afrontar las limitaciones —intrínsecas— y las excepciones —extrínsecas— de la inmunidad<sup>42</sup>. Sobre el estado de este proyecto diré alguna palabra más adelante.

Las leyes estatales son, por otro lado, prácticamente unánimes en la inclusión de dichas inmunidades, normalmente mediante una remisión a las normas internacionales. Los jueces han venido conformándose con ellas y, en su defecto, han invocado directamente el Derecho internacional consuetudinario o, cuando procede, los tratados, en particular la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961). En el caso Pinochet, tanto el Comité Judicial de la Cámara de los Lores como la Audiencia Nacional española (auto de 4 de marzo de 1999) afirmaron con carácter absoluto la inmunidad de los agentes extranjeros en activo. La Audiencia Nacional ha fundado en dicha inmunidad la inadmisión a trámite de denuncias planteadas contra jefes de Estado foráneos. Hago gracia de la lista, amplia en la medida en que, aparte de los méritos criminales incoados por los denunciados, los denunciantes sabían que su iniciativa carecía de recorrido judicial, aunque era siempre aprovechable a efectos mediáticos.

En el plano de la doctrina más autorizada, el IDI advierte en la resolución a la que ya he hecho referencia que su afirmación de la competencia universal en materia penal respecto de crímenes internacionales lo es «sin perjuicio de las inmunidades establecidas por el Derecho internacional» (p. 6).

El Instituto ha sido consciente de la importancia de ser más explícito en este punto. Aun antes de que se adoptara la resolución mencionada, una de sus comisiones se ocupaba de «los derechos fundamentales de la persona frente a las inmunidades de jurisdicción del Derecho internacional». Un informe definitivo fue presentado por la ponente, *lady* Fox, en la sesión celebrada en Nápoles en septiembre de 2009, acompañado de un extenso proyecto de resolución, que fue objeto de un duro debate entre el polo de la mera declaración de las normas en vigor (aunque también se discutía cuáles eran estas) y el polo del desarrollo progresivo, esto es, entre la *lege lata* y la *lege ferenda*.



El polo de la declaración del Derecho en vigor pretendía ser ocupado tanto por quienes trataban de reafirmar el alcance tradicional de las inmunidades como por quienes, en sentido contrario, anunciaban la cristalización de nuevas normas reductoras. En el polo del desarrollo progresivo se situaban los moderados o centristas, que constataban que el Derecho vigente era insatisfactorio y anhelaban, con intensidades variables, un cambio que redimensionara a la baja el alcance de las inmunidades.

El debate se hacía más complicado, en primer lugar por la amplitud del tema (que se solventó reconduciendo su objeto de los «derechos fundamentales de la persona» a los «crímenes internacionales»); en segundo lugar, porque junto a las inmunidades de los agentes del Estado extranjero se planteaba la del propio Estado extranjero frente a acciones civiles planteadas por víctimas de crímenes de los que eran responsables sus agentes, eventualmente inmunes (cuestión que se zanjó, finalmente, excluyéndola del ámbito de la resolución); en tercer lugar, porque había actores —especialmente, de formación y cultura anglosajona— que distinguían entre una inmunidad personal (*ratione personae*) y una inmunidad funcional (*ratione materiae*)<sup>43</sup>.

Esta última distinción era y es perturbadora por varias razones. La primera es que sugiere que ciertas personas gozan de la inmunidad «por ser vos quien sois» y no por la función que ejercen. La segunda, producto de la primera, es que tales personas son inmunes «hagan lo que hagan» mientras «son lo que son». La tercera es que la inmunidad «funcional», distinta de la personal, ampara a todo aquel que asume una función dentro del Estado.

En realidad, toda inmunidad es «funcional», pues es el ejercicio efectivo de funciones estatales, como se expresa en la resolución del Instituto (art. II.1, *in fine*), el principio subyacente al otorgamiento de la inmunidad a determinadas personas que desempeñan cargos con una dimensión exterior.

En aras de obtener el mayor respaldo posible, la resolución, finalmente adoptada por 43 votos a favor, ninguno en contra y 14 abstenciones prescinde de enumerar, siquiera a título de ejemplo, las personas a las que se refiere, declarando que «ninguna inmunidad de jurisdicción, salvo la personal conforme al Derecho internacional, se aplica en caso de crímenes internacionales» (art. III.1). El lector puede preguntarse: ¿y qué dice el Derecho internacional? Si el Instituto, una fuente doctrinal autorizada, renuncia a dar una respuesta habrá que lamentar que no se haya empleado en una tarea pedagógica, oportuna para la siembra en los medios forenses y judiciales, no siempre bien cultivados o útil incluso en medio de las tareas que se ha impuesto la misma CDI.

Si nos atenemos a las formulaciones que figuraron en sucesivos proyectos de resolución, la relación incluiría a jefes de Estado y de Gobierno, ministros del Gobierno central en misión especial, miembros de estas misiones —tal como se contemplan en la Convención de 1969—, así como de las misiones y delegaciones permanentes en organizaciones y conferencias internacionales y agentes diplomáticos y consulares<sup>44</sup>. Los proyectos enfatizaban el carácter abierto de la relación y extendían la inmunidad a «otras personas representando al Estado y gozando de inmunidad personal conforme a los tratados o al Derecho internacional consuetudinario».

Al final podría acabar gozando de inmunidad «Villegas y tó el que llega». Pero si solo gozan de la inmunidad *los de arriba*, se producirá una discriminación atendiendo al rango jerárquico en detrimento (como siempre) de *los de abajo*. Por más que trate de justificarse la diferencia de trato en que, por debajo de cierto nivel, los motivos que justifican la inmunidad ya no operan, parece contradictorio «que se pueda perseguir a los agentes estatales de rango inferior por la comisión de crímenes [...] planificados y ordenados por unos dirigentes políticos que van a quedar a resguardo de cualquier castigo mientras permanezcan en el cargo» (Urbina, 2008: 305). Así es la vida.

En mi opinión, las aportaciones más interesantes de esta resolución del Instituto son las siguientes:

- 1) El recordatorio de que las inmunidades no deberían constituir un obstáculo a las reparaciones adecuadas a las que tienen derecho las víctimas (artículo II.2, segundo inciso). Esta prevención es el resultado de una enmienda formulada en el último momento por G enievve Bastid-Burdeau a fin de equilibrar la amplia referencia que se hacía a la justificación de las inmunidades con la advertencia de la obligación del Estado de prevenir y reprimir los crímenes internacionales. Podr  decirse que el recordatorio es más testimonial que operativo, pero marca al menos una directriz de comportamiento; y,
- 2) La declaración expresa de que la inmunidad personal termina cuando termina la función o la misión del beneficiario (art. III.2)<sup>45</sup>.

En sucesivos proyectos que declaraban la subsistencia de la inmunidad personal por los actos realizados por sus beneficiarios en ejercicio de sus funciones, se precisaba que actos constitutivos de crímenes internacionales no podían ser considerados, bajo ninguna circunstancia, actos realizados en ejercicio de una función del Estado. La puntualización de que el crimen por *razón de Estado* no puede ser cubierto por la inmunidad de jurisdicción cuando se pierde la condición orgánica que la justifica pudo haber tenido también un sentido pedagógico, especialmente para atajar la tentación, que puede anidar en algunos espíritus maquiav licos adobados de *realpolitik* o en augustos sacerdotes del Estado soberano, según la cual los jefes de Estado y de Gobierno deberían gozar de una inmunidad absoluta no solo mientras ejercen el cargo sino también después de abandonarlo, si con él no se les va la vida<sup>46</sup>.

Ciertamente, esas inmunidades no son un salvoconducto definitivo para la impunidad, pero sí indefinido. Mientras un presunto criminal

ocupa un cargo público, cabe rechazarlo en frontera como persona *non grata*, negarle la entrada como miembro de una misión especial o expulsarlo, pero no es posible procesarlo ni arrestarlo a menos que el gobierno del país al que representa renuncie a su inmunidad, lo que es altamente improbable, aunque la resolución del Instituto lo recomiende melifluamente (art. II.3)<sup>47</sup>.

Las inmunidades no operan frente a tribunales internacionales<sup>48</sup> —frente a la Corte Penal Internacional (CPI)—<sup>49</sup>, pues no les afectan las razones con que tratan de ser justificadas ante los jueces de otro Estado. Junto a la ya mencionada de facilitar el ejercicio de funciones por sus agentes, entre estas razones se cuentan la igualdad soberana y el propósito de asegurar un reparto y ejercicio ordenados de la competencia en litigios que implican a los Estados<sup>50</sup>; pero no se puede forzar el deber de cooperación de los Estados en la entrega de una persona si hacerlo es incompatible con sus obligaciones al respecto (Estatuto, art. 98). Y no me estoy refiriendo solo a las inmunidades dispuestas por normas generales o consuetudinarias del Derecho internacional, sino a los racimos de acuerdos que grandes potencias, como Estados Unidos, han suscrito *urbi et orbe* para proteger a sus agentes, civiles y militares, en el extranjero, aunque quepa sugerir que, al celebrar tales acuerdos con el Estatuto ya en vigor, los Estados que son parte en él infringen obligaciones estatutarias o, por lo menos, actúan en forma contraria al objeto y fin del Estatuto.

En la práctica, la forma en que el presunto genocida Omar al Bashir, presidente incombustible de Sudán, se ha paseado públicamente por el continente africano —dejando en ridículo las ordenes de arresto de la CPI— evidencia la absoluta falta de voluntad política de los Estados parte del Estatuto de Roma y de los miembros del Consejo de Seguridad en cooperar con la Corte cuando se trata de echar la red a un jefe de Estado u otro *pez gordo*<sup>51</sup>. La denuncia del Estatuto de Roma por África del Sur en octubre de 2016, seguida de la de Burundi y tal vez de las de otros países africanos, revienta el principio de que las inmunidades no

operan frente a jurisdicciones internacionales. De hecho, sí lo hacen.

La inmunidad cesa cuando el inculpado abandona el cargo (o el cargo abandona al inculpado) y, puesto que el ejercicio de una función pública no exime de la responsabilidad del crimen, es entonces cuando, de no mediar el fallecimiento, la administración de justicia puede tener una oportunidad<sup>52</sup>. En una situación así, que esa oportunidad se aproveche dependerá de muchos y variados factores.

Desde un punto de vista de política legislativa, cabría considerar excepciones a la norma de la inmunidad hasta ahora absoluta de los representantes del Estado. El derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos de la persona y la igualdad de los ciudadanos ante la ley chirrían frente a la inmunidad de los agentes extranjeros, especialmente cuando se les imputa un crimen internacional. El juez Al-Khasawneh, disidente de la sentencia de 14 de febrero de 2002, sostuvo que si las normas que prohíben los crímenes internacionales son *ius cogens* deben prevalecer, a modo de excepción, sobre las normas que establecen la inmunidad de jurisdicción de un ministro de Relaciones Exteriores<sup>53</sup>. También cabría sugerir que la inmunidad no ha de operar frente a los jueces naturales (cuya jurisdicción se funda en una conexión territorial o personal con el crimen), aunque se mantenga frente al juez universal, o proponer que, en ejercicio de sus competencias conforme al Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad retire la inmunidad de los agentes de un Estado eventualmente implicados en la comisión de crímenes a fin de que sea posible su persecución por jueces estatales (Urbina, 2008: 305-306).

Todo este concurso de ideas ha estado —y está— presente en el largo debate de la Comisión de Derecho internacional, cuyas propuestas —si nos atenemos a los artículos 1 a 6 hasta ahora provisionalmente adoptados— se inclinan por un cauteloso desarrollo progresivo de las normas generales aplicables.

Una inmunidad absoluta protegería a título personal al jefe de Estado, al jefe de Gobierno y

al ministro de Asuntos Exteriores mientras estuviesen desempeñando el cargo. Tras su cese, esta inmunidad continuaría en relación con actos ejecutados en su capacidad oficial (artículos 3, 4 y 6.3). De esta última inmunidad (*ratione materiae*) se beneficiarían cualesquiera otros agentes de un Estado extranjero (artículos 5 y 6.1 y 2). Dicho en otros términos, la inmunidad de los agentes extranjeros por actos realizados en condición de tales es permanente. Además, los jefes de Estado y de Gobierno y los ministros de Asuntos Exteriores gozarían de una inmunidad absoluta, por cualesquiera clase de actos, mientras conservasen el cargo.

El artículo 7.1 propuesto a la CDI excluye de la inmunidad los crímenes internacionales (genocidio, crímenes contra la humanidad, con mención específica de la tortura y de las desapariciones forzosas, y crímenes de guerra). Va incluso más lejos cuando propone extender la exclusión a los delitos de corrupción y los que producen daño en las personas o en la propiedad (en este caso, si las demandas se plantean ante el *iudex loci delicti*), pero estos son puntos aún abiertos a la discusión. Si se confirma, los agentes del Estado extranjero no gozarían de inmunidad en estos supuestos; pero los jefes de Estado y de Gobierno y los ministros de Asuntos Exteriores criminales y corruptos serían judicialmente intocables mientras no sean atraídos a la órbita de los *ex* (7.2). La disposición (7.3) hace abstracción de cualesquiera reglas convencionales y de la obligación de cooperación con tribunales internacionales.

No obstante, hay que aproximarse con prudencia a esta cuestión, ya que también las normas sobre inmunidades que —recordémoslo— no afectan en teoría al ejercicio de la competencia de tribunales internacionales responden a intereses esenciales de la comunidad internacional y las excepciones, aparte de su carácter intrínsecamente desestabilizador, podrían ser aprovechadas políticamente para hostigar a quienes encarnan la representación de un Estado extranjero más como enemigos que como criminales.

España promulgó en 2015 una ley sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros que, en su conjunto, responde a las ideas expresadas en los párrafos anteriores. Hasta esa fecha, tanto la LOPJ (art. 21.2) como la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 36) remitían genéricamente a las normas de Derecho internacional público, y el mismo Tribunal Constitucional, que había señalado la compatibilidad de las inmunidades con el respeto del derecho a una tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 de la Constitución (STC 140/1995, de 28 de septiembre), había antes urgido al Gobierno a regular el punto (STC 107/1992, de 1 de julio). Así se ha hecho mediante Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre<sup>54</sup>. Esta Ley expresa la preferente aplicación de los tratados en que sea parte España (disposición final sexta) y se refiere en particular al respeto de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, así como de los compromisos con la Corte Penal Internacional (art. 29 y preámbulo, III, párrafo segundo *in fine*). La ley confirma la inmunidad absoluta de jefes de Estado y de Gobierno y de ministros de Relaciones Exteriores mientras se encuentran ejerciendo el cargo (art. 22) y afirma la continuidad de esa inmunidad respecto de sus actos oficiales una vez que ha finalizado su mandato; pero en este caso —y es lo más relevante en el marco de las actuales consideraciones—, la ley declara de manera expresa que los crímenes internacionales quedan excluidos de dicha continuidad (art. 23.1). Lamentablemente, esta disposición progresiva es, hasta cierto punto, un *brindis al sol*, toda vez que el mismo legislador había aprobado un año antes las medidas para expulsar la jurisdicción universal de nuestro sistema legal.

#### 4. LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO

En 2005 la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 60/147) adoptó unos

*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*. Entre esos principios se proclama el derecho del acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial, precisándose que «las obligaciones resultantes del Derecho Internacional para asegurar(lo) deberán reflejarse en el Derecho interno» (pp. IX, párrafo 12º). Esto es conducente a la previsión en cada sistema legal de las previsiones procesales y sustantivas requeridas para deshacer sus propios entuertos, pero no más. La obligación es expresamente enunciada en diferentes tratados sobre derechos humanos (así, por ej., el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, 1966, arts. 9.5 y 14.6, o el Convenio contra la Tortura, 1984, art. 14.1).

En el plano internacional, las víctimas podrán acudir a los remedios que ofrezcan los mecanismos de protección de los derechos humanos o requerir de su gobierno el ejercicio de la protección diplomática. ¿Acaso podrán también plantear una acción ante los tribunales de su propio país o de un tercero donde descubra un fundamento de jurisdicción, confiando en que la inmunidad del Estado extranjero no opere? Se ha discutido sobre la jurisdicción extraterritorial y se ha visto incluso en el anciano Alien Tort Statute (1789) de los Estados Unidos la semilla de una competencia universal civil en materia de reparación por crímenes internacionales<sup>55</sup>. Frente a los exagentes imputados y, en su caso, frente a las corporaciones multinacionales que puedan estar detrás de los crímenes no opera la inmunidad y tiene sentido desde la perspectiva de la defensa de los derechos humanos ensanchar las bases jurisdiccionales para obtener reparación cuando esta es esquiva o se presume inefectiva en los tribunales con una conexión directa con el asunto.

El IDI se ha ocupado de esta cuestión y ha aprobado una resolución en su última sesión (Tallin, 2015) endosando la competencia universal como subsidiaria siempre que se

cumplan determinadas condiciones (art. 2) Sin embargo, llegado al punto de la inmunidad del Estado extranjero no ha podido pasar —por la división revelada en el apasionado debate— de la piadosa declaración de que la inmunidad de los Estados no debería privar a las víctimas de su derecho a la reparación (art. 5)<sup>56</sup>. Instar el desarrollo progresivo del Derecho internacional en este punto se revelaba utópico; y aun se discutía si un desarrollo así sería realmente progresivo. De hecho la votación de la resolución evidenció la división de los miembros del Instituto, aparte del escaso número que participó en ella: 13 a favor, 6 en contra y 8 abstenciones.

La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005) no comprende las actuaciones penales (la res. 59/38 a la que se aneja la Convención ha creído oportuno puntualizarlo) y, por tanto, no se ocupa de la vidriosa cuestión de la responsabilidad civil del Estado por los crímenes imputados a sus agentes<sup>57</sup>. En realidad, cuando este tema aflora en el marco de un problema más general, acaba siendo inevitable excluirlo para evitar que acabe arruinándolo todo. Así, cuando el IDI (Nápoles, 2009) quiso aprobar una resolución sobre crímenes internacionales e inmunidades, no tuvo más remedio que dejar fuera las acciones civiles contra un Estado extranjero planteadas por víctimas de crímenes de los que eran responsables sus agentes.

En realidad, el piso estaba entonces deslizando porque aún estaba *sub iudice* ante la CIJ la demanda interpuesta por la República Federal de Alemania contra Italia sobre las inmunidades de jurisdicción del Estado (el 23 de diciembre de 2008). Según la Corte di Cassazione (caso Ferrini, 2004), un Estado (Alemania) no puede invocar inmunidad en estos supuestos, sea cual sea el lugar de comisión del crimen. El caso tenía que ver con hechos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial. Este criterio había sido confirmado por decisiones posteriores; incluso se estaban ejecutando en Italia sentencias similares de tribu-

nales griegos, relativas a matanzas imputadas a unidades alemanas durante su retirada (1944).

Al decidir sobre la demanda planteada por Alemania, la Corte adoptó la posición más conservadora. En la sentencia de 3 de febrero de 2012<sup>58</sup> la Corte constata que el fundamento de la inmunidad se encuentra en el principio de *igualdad soberana* de los Estados; reitera su carácter procesal, totalmente distinto del Derecho material que determina la licitud o no de un hecho, apreciable antes y con independencia de este; niega, en consecuencia, una colisión entre el *ius cogens* material (Derecho primario) y la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero (Derecho secundario), pues la inmunidad deja siempre intacta la responsabilidad del Estado por sus ilícitos; y concluye que el Derecho internacional consuetudinario no avala una excepción a la inmunidad por actos (*iure imperii*) de las fuerzas armadas en un conflicto armado aun en el caso de implicar la comisión de crímenes internacionales o violaciones graves de *ius cogens*, ni siquiera si el *iudex loci delicti* afirmaba su jurisdicción y acudir a él fuera el *último recurso*<sup>59</sup>.

La Corte llama la atención sobre la distinción entre la inmunidad de jurisdicción del Estado como tal, objeto de su pronunciamiento, y la de sus representantes imputados en un procedimiento penal<sup>60</sup>; no obstante, aunque esta es ajena al caso, la Corte recuerda que en el *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, de 14 de febrero 2002 (*ICJ Reports*, 2002, pág. 58, 78), ya afirmó que el hecho de que un ministro de relaciones exteriores en activo sea acusado de crímenes internacionales no limitaba su beneficio a la inmunidad.

Una vez más sorprende la amplísima mayoría que sustenta esta decisión, de la que disienten únicamente —en relación con la inmunidad de jurisdicción— los jueces Cañado Trindade<sup>61</sup> y Yusuf<sup>62</sup> y el juez *ad hoc* Gaja<sup>63</sup>. Para Yusuf, el análisis formalista de la Corte renuncia al equilibrio que ha de buscarse entre la función de la inmunidad de jurisdicción y la realización de los derechos humanos funda-



mentales y el Derecho internacional humanitario. En su extensa opinión disidente, Cañado Trindade subraya con mayor contundencia el *abismo* que le separa de la mayoría, rechaza la inmunidad para los *delicta imperii* (crímenes internacionales, violaciones de *ius cogens*) y llama la atención sobre la complementariedad de la responsabilidad penal individual y la del Estado por crímenes que se cometen desde su aparato en aplicación de *policías* estatales: *un crimen es un crimen* y la inmunidad no puede concebirse para cubrir tal iniquidad. Se quiera o no, hay un conflicto material entre el *ius cogens* y la inmunidad que no cabe resolver a favor de esta. La Corte, entiende Cañado Trindade, aplica una metodología fosilizadora del Derecho internacional combinada con conceptualizaciones retóricas (normas primarias y secundarias, normas sustantivas y procesales) que ignora los valores y conduce a manifiestas injusticias. Es meridianamente absurdo excluir la inmunidad del Estado por los daños físicos y materiales causados por un accidente de coche y mantenerla en los casos de crímenes internacionales<sup>64</sup>.

Aun votando con la mayoría, la opinión individual del juez Bennouna<sup>65</sup> busca un perfil propio al advertir que, tratándose de un crimen internacional, la inmunidad suscita problemas éticos y jurídicos que no se pueden obviar parapeándose en la calificación de la inmunidad como una simple cuestión de procedimiento. El razonamiento *meccanicista* de la Corte no es sensible a las características del Derecho internacional contemporáneo, en el que la inmunidad puede justificarse a condición de que no impida satisfacer las exigencias de justicia a las víctimas. En opinión de Bennouna, la Corte debió subrayar que la responsabilidad del Estado cuya inmunidad se admite permanece intacta respecto de sus crímenes, de manera que un Estado perdería su derecho a invocar la inmunidad si rechaza *a priori* su responsabilidad, responsabilidad que, en todo caso, puede serle reclamada si no se llega a un acuerdo sobre la reparación por los crímenes<sup>66</sup>.

La sentencia de la CIJ ha creado una situación embarazosa. Respetuosa con el carácter definitivo y vinculante de la sentencia, Italia ha promulgado la ley que dispone su respeto por los tribunales italianos. Sin embargo, una vez que la Corte di Cassazione había adaptado sus decisiones a lo dispuesto por la ley en ejecución de la sentencia<sup>67</sup>, la Corte Costituzionale ha declarado contraria a la Constitución la ley y ha decidido que los tribunales pueden hacer prevalecer el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos sobre la inmunidad del Estado extranjero que no está dispuesto a asumir su responsabilidad en Derecho internacional<sup>68</sup>.

Cuando se considera esta cuestión, es necesario apreciar previamente el fundamento de la jurisdicción que trata de ejercerse. Desde luego, cuando la acción contra el Estado extranjero se ejerce allí donde se ha producido la violación grave de un derecho humano fundamental —por ejemplo, un atentado a la vida, la aplicación de la tortura—, plantearse la cuestión de la inmunidad del Estado es pertinente. Lo mismo cabe decir siempre que se afirma la jurisdicción sobre cualquier otro fundamento conforme con el Derecho internacional, sea la nacionalidad o la residencia de las víctimas o el principio de jurisdicción universal.

¿Debe impedir la inmunidad el ejercicio de la jurisdicción conforme con normas internacionales? ¿Debe acomodarse la respuesta atendiendo al fundamento de dicha jurisdicción? Reconocida la inmunidad penal del agente extranjero en activo, ¿cabe perseguir al Estado cuyas órdenes cumple? Aunque existe una relación cierta entre el crimen del agente y la responsabilidad del Estado, no parece que los principios que animan la jurisdicción y fijan la inmunidad de aquel deban aplicarse mecánicamente a este. Si rechazar la inmunidad del Estado en un caso de violación grave de derechos humanos planteado ante los jueces del lugar en que se ha producido el crimen parece más que justificado en sus propios méritos, la cuestión es más compleja cuando se pretende fundar la jurisdicción en la nacionalidad o la residencia



habitual de la víctima y, más aún, en el principio de jurisdicción universal, pues primero debería verificarse que esa competencia existe. Si la respuesta es negativa, el discurso sobre la inmunidad está de más.

La extraterritorialidad de la jurisdicción estatal ha de mirarse con circunspección, en particular cuando se invoca el principio de protección de intereses estatales esenciales o se confunden estos con los de la comunidad internacional en su conjunto. En materia de torturas o de terrorismo, no es difícil encontrar supuestos en que se utiliza la acción judicial sobre hechos ocurridos en el extranjero no tanto para reprimir los crímenes cuanto para acosar a países que se consideran *hostiles*.

Dicho esto, en términos *de lege lata*, tal como confirma la sentencia de la CIJ de 3 de febrero de 2012, no cabe sustentar por ahora, al menos de manera categórica, la existencia de una norma de Derecho internacional general que ampare la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero cuando la demanda es motivada por una violación grave de derechos humanos, es decir, un crimen internacional como unas torturas o una ejecución extrajudicial.

Enfrentado a la cuestión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideró a principios de siglo (caso Al-Adsani, 2001) que el derecho de acceso a los tribunales (art. 6.1 de la Convención Europea) no es absoluto, sino que está sujeto a limitaciones que, sin atacar la esencia del Derecho, se postulan como un medio razonable para satisfacer un fin legítimo. En el caso que había sido sometido al TEDH, este estimó que la limitación de acceso estaba justificada por el cumplimiento de la norma internacional general que prescribe la inmunidad soberana de los Estados y busca promover las buenas relaciones mediante el respeto de las respectivas soberanías estatales. No obstante, la decisión se tomó por la más estrecha de las mayorías (nueve contra ocho), lo que, en cierto modo, dejó las espadas en alto. La minoría, atendiendo a la superior jerarquía de la norma prohibitiva de la tortura, parecía

decantarse por una afirmación de jurisdicción estatal frente a la que no cabría oponer la inmunidad del Estado extranjero<sup>69</sup>. ¿Era una cuestión de tiempo?

El planteamiento de la minoría alimentaba una tendencia favorable a la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero frente al crimen internacional. No obstante, la argumentación en términos de jerarquía normativa fue criticada (Tomuschat) por ignorar la distinción entre normas primarias (entre ellas, la que prohíbe la tortura) y secundarias (entre las que figura la inmunidad de jurisdicción) pertenecientes a órdenes separados, como la Corte Internacional de Justicia ha subrayado de forma perseverante al afirmar o negar su competencia conforme a fundamentos irreductibles al objeto de una demanda fundada en la violación de normas imperativas<sup>70</sup>.

El mismo TEDH ha plegado velas defraudando las expectativas generadas. En el caso Jones y otros (2014), el TEDH subraya que hay que estar atentos a la evolución que se advierte en las normas internacionales para restringir la inmunidad de los Estados en caso de acciones civiles en que las víctimas de crímenes internacionales buscan reparación por actos de sus agentes, pero tras un variado recorrido por las decisiones de diferentes tribunales, estatales e internacionales, llega a la conclusión de que, *de lege lata*, la inmunidad permanece y no infringe el artículo 6.1 del Convenio Europeo la decisión del Estado Parte que la reconoce. No solo eso. El Tribunal Europeo extiende a los agentes la inmunidad del Estado, arguyendo que habiendo actuado por cuenta de este no se debe «sortear» su inmunidad demandando a quienes ejecutan sus instrucciones. Bueno y bello. Se trataba de torturas infligidas en Arabia Saudita. Y la sección del TEDH que se pronunció, cuya erudición es admirable, lo hace por seis a uno<sup>71</sup>.

En todo caso, parece demasiado elemental tratar de establecer una suerte de justicia universal *civil* aplicable a los Estados sobre el molde de la justicia universal aplicable, bajo

determinadas condiciones, a los individuos responsables de crímenes internacionales. Sería preferible, pues, acomodar las legítimas pretensiones de las víctimas de un crimen internacional mediante otros mecanismos, en particular, la articulación de tribunales internacionales que diriman estos asuntos<sup>72</sup>, la creación de comisiones de compensación, especialmente en casos que afectan a un alto número de personas<sup>73</sup>, o la reconversión de la protección diplo-

mática para ponerla al servicio de las víctimas, revisando su concepción como un derecho del Estado soberano. Eventualmente, mientras la inmunidad se considera asentada en una norma segura, cabría salvar el ilícito que supondría ignorarla presentando el ejercicio de jurisdicción como una *contra medida* inducida por el ilícito del Estado demandado, la violación grave de los derechos humanos. A ver qué pasa.

## NOTAS

1. Hablo de las *dichosas* inmunidades y no de *dichas* inmunidades —término que parecería más neutro— porque, después de meditarlo, el prejuicio negativo que podría desprenderse del término en el contexto en el que lo utilizo se ve compensado por la felicidad que la inmunidad produce en su beneficiario.
2. Así, por ejemplo, Remiro Brotóns (2009).
3. Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo (BOE del 14 de marzo, nº 63, pp. 23026-23031).
4. Entre los últimos trabajos, quiero destacar: Orihuela (2016); Robles (2014) y Sánchez (2014). Años atrás, Sánchez (2004) había publicado una importante monografía. Asimismo, Esteve (2014) y las notas de Segura (2014a; 2014b). También, del ya mencionado Esteve (2015); y Chiara (2015). Para la aplicación de la ley antes de la última reforma, véanse Pigrau (2009); y Hellman (2013). El vol. 18 del *Spanish Yearbook of International Law* (2013-2014) contiene varias contribuciones pertinentes sobre esta cuestión.
5. La sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por auto de 9 de octubre de 2013, añadió a Hu Jintao, ya expresidente de la República Popular China, a la lista de querellados por genocidio. El 18 de noviembre del mismo año la sección dictó órdenes de arresto internacional contra Hu Jintao, su antecesor Jiang Zemin, el ex primer ministro Li Peng y otros. Esto alarmó sobremedera al Gobierno español, que puso a toda máquina su rodillo parlamentario para aprobar la ley que sofocara con efecto retroactivo las decisiones judiciales. Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, la Audiencia Nacional no tuvo más remedio que archivar las actuaciones (38/2014, Audiencia Nacional, Pleno).
6. Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción Uno, Sumario 27/2007, autos de 17 y 27 de marzo de 2014.
7. Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción Uno, auto de 9 de junio de 2015.
8. *Casablanca* (1942), Michael Curtiz (dir.), Warner Bros. Pictures.
9. TS, Sala de lo Penal, sentencia 327/2003, de 25 de febrero.
10. TC, sentencia 237/2005, de 26 de septiembre.
11. CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, s. de 14 de febrero 2002, *ICJ Reports*. Disponible en: <<http://www.icj-cij.org>>.
12. *ICJ Reports* (2002: 35-188).
13. *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo vs. France), ordonnance du 16 novembre 2010*. Disponible en: <<http://www.icj-cij.org>>.
14. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012*, pár. 64-70. Véanse las observaciones críticas de los jueces Owada en su declaración, Skotnikov, en el pár. 4 de su op. ind., y Xue en los pár. 2-5. Disponible en: <<http://www.icj-cij.org>>.

15. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique vs. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012*, pár. 54-55. Véase, asimismo, op. dis. Sur, pár. 17-18.

16. En opinión del juez Abraham, (pár. 21-40) Bélgica no había conseguido probar uno u otro de los elementos de la costumbre internacional, la práctica y la *opinio iuris*, avalando dicha obligación. La lista de cincuenta y un estados que habían incorporado el principio de jurisdicción universal, aportada por Bélgica, no era convincente, no solo por su número, insuficiente, sino porque ignoraba los motivos subyacentes a esa decisión, ajenos a la percepción del cumplimiento de una obligación internacional general, y posiblemente más próximos a la ejecución de una obligación convencional y/o al ejercicio de un derechos soberano.

17. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique vs. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012*, Op. ind. Abraham, pár. 21-40; v. tb. op. dis. Sur, pár. 17-18.

18. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique vs. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009*. Op. dis. del juez Cançado Trindade, pár. 99, 103, 105.

19. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012*, Op.ind. Cançado Trindade, en particular pár. 177.

20. Art. 10. V., en *American Journal of International Law*, 1935, supl. pp. 437 ss.

21. Principios 1.2. y 1.3. Pueden leerse en NU, Doc. A/56/677. Nota verbal de las Misiones Permanentes de Canadá y los Países Bajos, que habían patrocinado el encuentro, al Secretario General de NU, de fecha 27 de noviembre de 2001.

22. Páginas 2 y 3 (a y b).

23. Esta concurrencialidad de jurisdicciones estatales es similar a la que se produce con la Corte Penal Internacional. Los términos en que el Estatuto de la Corte afronta esta situación (art. 17) son válidos para regular las relaciones entre el juez *universal* y otros jueces estatales competentes, el *territorial* en particular. En España, la sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo (s. de 19 de abril de 2005) observa la utilidad de los criterios del art. 17 del Estatuto de la CPI a la hora de determinar si el juez territorial ha ejercido o está ejerciendo una jurisdicción efectiva.

24. Página 3 (c y d).

25. Arts. 49 y 50 de la I Convención, 50 y 51 de la II, 129 y 130 de la III y 146 y 147 de la IV; asimismo, art. 85 del Protocolo Adicional I.

26. IT-95-17/1-T, s. de 10 de diciembre de 1998, pár. 156. Disponible en: <<http://www.icty.org/cas/furundzija>>.

27. Arts. 5-7 de la Convención. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012*, pár. 75, 94-95. Véase tb. op. ind. Donoghue, pár. 3-8.

28. Art. IV, b. Pero ni Estados Unidos ni Canadá ni los miembros más conspicuos de la Unión Europea son partes en esta Convención. V. Bariffi (2009).

29. Art. 6. Como revelan los trabajos preparatorios, las iniciativas para incorporar el principio de persecución universal fracasaron. La mención de los tribunales del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido como alternativa a una eventual corte penal internacional (que no llegó entonces a constituirse) hizo *obligatoria* la competencia del *iudex loci delicti commissi*, pero no *exclusiva*, sino concurrente con la otros países dispuestos a afirmar su competencia sobre este crimen atendiendo a otras conexiones o al principio de persecución universal incorporado a sus leyes en ejercicio discrecional de su soberanía.

30. H. Grotius, *De Iure Belli ac Pacis*, Libro Segundo, Cap. XXI, pár. IV.

31. El tema fue incluido en el programa de trabajo de la Comisión en 2005, nombrándose Relator a Z. Galicki, que presentó tres informes entre 2008 y 2008. En 2008 la Comisión constituyó un Grupo de Trabajo presidido por A. Pellet, con el encargo de elaborar una lista de puntos a tratar a fin de facilitar y orientar el trabajo del Relator especial (*Report of the ILC*, GA, Official Records, 64th session, Suppl. N° 10, A/64/10, pp. 342-347).

32. *Yearbook of the I.L.C.*, 2014, vol. II (Part two).

33. El relator Galicki entregó un cuarto informe en 2011. Luego expiró como miembro de la Comisión que, en 2012, decidió establecer un nuevo Grupo de Trabajo a fin de considerar la conveniencia y forma de proceder en adelante, absteniéndose entretanto de nombrar un nuevo relator (*Report of the ILC*, GA, Official Records, 67th session, Suppl. N° 10, A/67/10, pp. 116-120).

34. *Report of the ILC*, GA, Official Records, 67th session, Suppl. N° 10, A/67/10, pp. 117 (pár. 208 y 210,c) y 119-120 (pár. 217, 220).

35. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Senegal)*, arrêt 20 juillet 2012, Op. ind. Yusuf, pár. 18-24.

36. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Senegal)*, arrêt 20 juillet 2012, pár. 95.

37. Un error en el que incurre aparentemente la misma CDI cuando se refiere al «principio de la “jurisdicción universal” enunciado en el artículo 9 (del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad)» que se refiere, realmente, a la regla *aut dedere aut judicare*.

38. Justamente uno de los puntos sometidos a la discusión de la CDI, en el marco de las relaciones entre la obligación *aut dedere aut judicare* y otros principios, entre ellos el de universalidad, es el de si uno implica necesariamente al otro (*ILC Report*, Official Records, 64th sesión, Suppl. N° 10, A/64/10, p. 346). La estrecha relación entre ambos ha sido destacada por algunos miembros de la Comisión para quienes se trata de un aspecto central del trabajo a desarrollar (*ILC Report*, Official Records, AG 67th session, Suppl. N° 10, A/67/10, pp. 118-119, pár. 214).

39. En este sentido cabe interpretar el art. 9 del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996), que codifica la regla *aut dedere aut judicare*. Algunos miembros de la CDI han sostenido que era poco útil analizar la práctica estatal para determinar si existía una norma consuetudinaria que reflejara la obligación general de *extraditar o juzgar*, considerando que, por lo que a los crímenes internacionales respecta, esa obligación ya figuraba en el mencionado artículo 9 del proyecto *Report of the ILC*, Official Records, GA 67th session, Suppl. N° 10, A/67/10, pp. 117-118, pár. 210 c). Por otro lado, el artículo 6 del proyecto de artículos sobre Crímenes contra la Humanidad, actualmente bajo debate de la CDI, prevé en su numeral 2 la obligación del *iudex apprehensionis* de juzgar en caso de que no se conceda la extradición del presunto responsable a otro Estado. El artículo 9 del proyecto reitera la regla *aut dedere aut judicare*. Asimismo, el proyecto salva en el numeral 3 del artículo 6, cualquier otra base de jurisdicción dispuesta por un Estado conforme a su ley nacional (lo que implica reconocer el carácter facultativo de la jurisdicción universal) (*Report of the ILC*, 68th session, 2016, GA Official Records, 71th session, Suppl. N° 10, A/71/10, pp. 284-286, 291-295).

40. CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, s. de 14 de febrero 2002, *ICJ Reports*, 2002 (3-34). Disponible en <<http://www.icj-cij.org>>.

41. El razonamiento enfático de la Corte y la amplia mayoría que sustenta la sentencia (trece contra tres) avalan esta conclusión, no obstante la brillante formulación de los jueces en minoría (Oda, Al-Khasawneh y juez *ad hoc* Van den Wyngaert) y las reservas de algunos de la mayoría (Higgins, Kooijmans y Buergenthal) sobre el alcance excesivo que la Corte concede a las inmunidades (*Ibid.*, pp. 46-188).

42. Véase *Report of the ILC*, 68th session, 2016, GA Off. Records, 71th session Suppl. n° 10, a/71/10, pp. 360-382.

43. Es de interés la afirmación de la Corte Internacional de Justicia en el asunto sobre *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti vs. France)*, arrêt, 4 juin 2008, *C.I.J. Recueil 2008*, pár. 196: «L'Etat qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes est censé en informer les autorités inforautre Etat concerné. Cela devrait permettre la juridiction de l'Etat du for de s'assurer qu'elle ne méconnaît aucun droit à l'immunité, méconnaissance qui pourrait engager la responsabilité de cet Etat. Par ailleurs, l'Etat qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée url'encontre de ses organes assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte». Invocar la inmunidad *funcional* de quienes no gozan de inmunidad *personal* puede traer estas consecuencias. En el caso en cuestión Djibouti la reclamaba, de manera un tanto confusa, para el procurador de la República y el jefe de la Seguridad Nacional, citados como imputados por jueces franceses y que, según Djibouti, habían actuado en el ejercicio de sus funciones. Para la Corte (pár. 188), eso equivalía a invocar la inmunidad del Estado.

44. Dentro de esta relación se distinguía a los jefes de Estado y de Gobierno porque su inmunidad operaba dondequiera se encontrasen, mientras que las de los demás se reconocían solo respecto del país receptor o de tránsito hacia o desde el país receptor de la misión o de aquel en que estaban acreditados. No faltaban quienes proponían la inclusión de los ministros de relaciones exteriores en la categoría que albergaba a los jefes de Estados y de Gobierno, partiendo de que, como estos, se le reconoce representación del Estado sin plenipotencia en la formación de los tratados. En *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, 4 juin 2008, *CIJ Recueil 2008*, p. 170-173, 179, la Corte afirma que una citación para testificar, que se puede aceptar o rechazar libremente, no atenta contra la inmunidad de jurisdicción penal del jefe de Estado extranjero, aunque no guardar las debidas formas al proceder a la citación podría violentar las reglas de la cortesía internacional. Véase tb. observaciones críticas en la op. ind. del juez Koroma, p. 12-14 y en la op. dis. del juez *ad hoc* Yusuf, p. 36-56.

45. De ahí que errara la justicia senegalesa al rechazar la solicitud belga de extradición del antiguo presidente de Chad, Hissène Habré, por crímenes de lesa humanidad y torturas, arguyendo que Habré era jefe del estado *en el momento de producirse los hechos* por los que se le persigue penalmente.

46. La Corte Internacional de Justicia no estuvo afortunada cuando en la S. de 14 de febrero de 2002 (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*) expresó que «Un Estado puede juzgar a un antiguo ministro de relaciones exteriores... por los actos que, aun realizados durante este período (el de su mandato) lo han sido a título privado» (*ICJ Reports*, 2002, p. 61, p. 25).

47. Según el artículo II.3 de la resolución: «Los Estados deberían considerar la posibilidad de levantar la inmunidad de sus agentes en caso de alegación en su contra de crímenes internacionales». Antes, en su sesión de Vancouver (2001) el Instituto, al debatir sobre la inmunidad del jefe de Estado y del jefe de Gobierno, recomendó la renuncia por los Estados a la inmunidad cuando el jefe de Estado o de Gobierno era sospechoso de haber cometido infracciones particularmente graves (o cuando el ejercicio de sus funciones no parecía comprometido por las decisiones que pudiesen adoptar las autoridades del foro (p. 7.2 y 15.1). Esta resolución fue ampliamente comentada por Torres (2002).

48. De ahí que la resolución del Instituto defina la «jurisdicción» a tal efecto como «la jurisdicción penal, civil y administrativa de los tribunales nacionales de un Estado en la medida en que guarda relación con las inmunidades conferidas a otro estado o a sus agentes por el Derecho internacional convencional o consuetudinario» (artículo I.2).

49. Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 27; Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia (art. 7.2) y Ruanda (art. 6.2). El procesamiento de Slobodan Milosevic por el primero de estos tribunales en mayo de 1999 se produjo cuando aún ocupaba la Presidencia de la RFY. En algunos casos, Estados que tratan de organizarse con un nuevo tejido institucional bajo el imperio de la ley han solicitado y concluido con Naciones Unidas acuerdos para la creación y financiación de tribunales *ad hoc* (Sierra Leona, Líbano) o el reforzamiento de las capacidades judiciales locales (Camboya). Estas iniciativas son, en principio, estimables, aunque puede advertirse en ellas un cierto aroma neocolonial, un acusado toque intervencionista (en el caso del Líbano) y, en el caso de Camboya, donde los crímenes se remontan treinta años atrás, una notable hipocresía. Las inmunidades de jurisdicción ¿operan o no ante estos tribunales? Es interesante llamar la atención sobre la demanda ante la Corte Internacional de Justicia depositada el 4 de agosto de 2002 por la República de Liberia contra Sierra Leona a propósito del requerimiento y orden de arresto internacional librados el 7 de marzo de 2003 contra el presidente de Liberia, Charles G. Taylor, por decisión del tribunal especial para Sierra Leona, en Freetown. Liberia sostuvo que este tribunal «no podría imponer obligaciones jurídicas a Estados que no son partes en el Acuerdo de 16 de enero de 2002 entre Sierra Leona y las Naciones Unidas. El tribunal especial para Sierra Leona no es un órgano de las Naciones Unidas y no ha sido constituido como tribunal penal internacional». A falta de un fundamento de jurisdicción, la demanda no pasó a formar parte de la lista de asuntos de la Corte.

50. Véase en este sentido la resolución del Instituto, artículo II.1.

51. Fue muy publicitada —aunque no fue el único episodio, ni mucho menos— la salida de Omar Al Bashir de África del Sur, a mediados de junio de 2015, cuando asistía a una *cumbre* de la Unión Africana (UA). El Gobierno sudafricano, que había aprobado un Decreto garantizando la inmunidad a todos los participantes en la *cumbre*, le dejó marchar a pesar de la medida cautelar tomada por el Tribunal Superior de Pretoria ordenando que no se le permitiera abandonar el país en tanto decidía sobre la orden de arresto emanada de la Corte Penal Internacional.

52. De ahí que en su sesión de Vancouver (2001), el Instituto de Derecho Internacional declarara, en relación con los antiguos jefes de Estado y de Gobierno, que pueden ser juzgados cuando las actuaciones cometidas en el ejercicio de

su cargo son constitutivas de *crimen internacional, apropiación indebida de bienes y recursos del Estado* o se han realizado para satisfacer un interés personal (p. 13.2 y 15).

53. CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, S. de 14 de febrero 2002, *ICJ Reports*, 2002, Op. dis. Al-Khasawneh, p. 7.

54. Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (BOE del 28 de octubre de 2015, n° 258, pp. 101299-101320). Las disposiciones finales tercera y cuarta han modificado los artículos 21.2 de la LOPJ y 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a fin de incluir la referencia a la legislación española como fuente reguladora de las inmunidades, junto con las normas de Derecho internacional público.

55. Esta interesantísima cuestión escapa al objeto de este trabajo. Véase, por todos, Bucher (2015a); o su ponencia en la Comisión 1 del *Instituto de Derecho Internacional* (2015b).

56. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Tallin, vol. 76, 2015, cit., pp. 265-266.

57. España depositó su instrumento de ratificación de esta Convención, que entrará en vigor (art. 30) cuando sume treinta instrumentos de ratificación o adhesión, el 11 de septiembre de 2011. A 6 de noviembre de 2016 los Estados contratantes eran veintiuno.

58. *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie, Grèce intervenant)*, arrêt, CIJ Recueil, 2012, p. 99. Véase Tomuschat (2015); asimismo, el comentario de Espósito (2013); antes, Espósito (2011).

59. *Ibidem*, arrêt, pár. 57-61, 77-80, 91, 93, 97, *inter alia*.

60. *Ibidem*, arrêt, pár. 87, 91.

61. Op. dis. Cançado Trindade, *CIJ Recueil*, 2012 pp. 179-290.

62. Op. dis. Yusuf, *ib.*, pp. 291-308.

63. Op. dis. Gaja, *ib.*, pp. 309-322.

64. Op. dis. Cançado Trindade, *CIJ Recueil*, 2012, pár. 166-184, 224-227, 288-299, 306-316, *inter alia*.

65. Op. ind. Bennouna, *ibidem*, pp. 172-178.

66. *Ibidem*, pár. 9, 18, 20-21, 25, 31, 33, *inter alia*.

67. SS. de 9 de agosto de 2012 (n° 32139) y de 21 de febrero de 2013 (n° 4284), en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2012, p. 775, y 2013, p. 793.

68. S. de 22 de octubre de 2014 (n° 238), en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2015, p. 237.

69. *Al-Adsani vs. The United Kingdom*.

70. La Corte ha afirmado en términos muy estrictos la separación entre la cuestión de la competencia, que exige el consentimiento de los Estados, y las cuestiones de fondo (la compatibilidad o no de los actos estatales con el Derecho Internacional), que solo pueden ser apreciadas una vez que la competencia ha sido establecida, sin que la oponibilidad *erga omnes* de una obligación o la naturaleza imperativa (*ius cogens*) de las norma de cuya violación se trata deban alterar un ápice esta conclusión (Timor oriental, 1995; Actividades armadas en el Congo; *RD del Congo vs. Ruanda*, 2006).

71. *Jones and others vs. United Kingdom*, n° 34356/06 y 40528/06, ECHR, 2014.

72. En este sentido, Espósito (2007: 262-263) auspiciaba la creación de una Corte Internacional de Derechos Humanos con competencias civiles en materia de reparación, donde no tendría operatividad la norma de la inmunidad jurisdiccional de los Estados.

73. Como la Comisión de compensaciones de las Naciones Unidas creada en 1991 tras la guerra en Iraq, que manejó 2,7 millones de expedientes y fue un modelo que adoptó posteriormente la Comisión establecida en 2000 mediante tratado por Etiopía y Eritrea bajo los auspicios de la ONU (véase Tomuschat (2011; 2014). En este sentido, la resolu-



ción del IDI, aprobada en la sesión de Tallin (2015) llamaba a los Estados a esforzarse para establecer procedimientos que permitan a grupos de víctimas presentar demandas de reparación (art. 4).

## BIBLIOGRAFÍA

- BARIFFI, Francisco (2009): «Jurisdicción universal sobre Crímenes de Guerra: Evolución histórica y su codificación en el Derecho de Ginebra», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 17, 1-44.
- BUCHER, Andreas (2015a): «La compétence universelle civile», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 372, 1-268.
- (2015b): «La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux», en *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Tallin, 76, Paris: Pedone, 1-266.
- MARULLO, Maria Chiara (2015): «La jurisdicción universal: sus altibajos», *Papeles el tiempo de los derechos*, 2.
- ESPÓSITO, Carlos (2007): *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Cizur Menor: Cuadernos Civitas-Aranzadi.
- (2013): «Of Plumbers and Social Architects: Elements and Problems of the Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of States», *Journal of International Disputes Settlement*, 4, 439-456.
- (2015): «*Ius Cogens* and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: A Conflict Does Exist», *Italian Yearbook of International Law*, 21, 161-174.
- ESTEVE MOLTÓ, José Elías (2014): «La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China», *Anuario de Derecho Internacional*, 30, 139-201.
- (2015): «The “Great Leap Forward” to Impunity. Burying Universal Jurisdiction in Spain and Returning to the Paradigm of Human Rights as “*domaine reserve*” of States», *International Criminal Justice*, 13 (5), 1121-1144.
- HELLMAN, Jacqueline (2013): *Jurisdicción Universal sobre Crímenes internacionales. Su aplicación en España*, Granada: Comares.
- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza (2016): *La Jurisdicción Universal en España*, Murcia: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.
- PIGRAU SOLER, Antoni (2009): *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, Barcelona: Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya.
- REMIRO BROTONS, Antonio (2003): *El Caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid: Biblioteca Nueva 1999.
- (2004): «International law after the Pinochet case», en M. Davis (ed.), *The Pinochet Case. Origins, Progress and Implications*, London: Institute of Latin American Studies, 231-251 (hay versión castellana: en C. Ramón Chornet (ed.), *Los retos humanitarios del siglo XXI*, Valencia: Publicacions de la Universitat de València, Tirant lo Blanch, 205-232).
- (2009): «Crímenes internacionales, jueces estatales: De la Universalidad, las Inmidades y otras Soledades», *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. I, 43-71.
- (2013): «Malos tiempos para la Justicia Universal», en *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence. Global Trends: Law, Policy & Justice. Essays in honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo*, Oxford: Oxford University Press, 391-410.
- ROBLES CARRILLO, Margarita (2014): «El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución», *Revista Española de Derecho Internacional*, 66 (2), 81-111.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel (2004): *Universal Penal y Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2014): «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 27, 1-40.
- SEGURA SERRANO, Antonio (2014a): «Hacia una nueva reforma restrictiva del principio de jurisdicción universal en España», *Revista Española de Derecho Internacional*, 66 (1), 321-324.
- (2014b): «Vicisitudes de la jurisdicción universal tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014», *Revista Española de Derecho Internacional*, 66 (2), 316-319.
- TOMUSCHAT, Christian (2010-2011): «The International Law of State Immunity and its Development by National Institutions», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 44, 1105-1140.
- (2014): «State Responsibility and the Individual Right to Compensation Before National Courts», en *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford: Oxford University Press, 831-839.

- (2015): «The Case of Germany vs. Italy before the ICJ», en *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden: Brill, 87-98.
- TORRES BERNÁRDEZ, Santiago (2002): «Acerca de las inmunidades del Jefe de Estado o de Gobierno en Derecho Internacional y de sus límites», en F. Mariño (ed.), *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al Prof. Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid: Trotta, 639-685.
- URBINA, Julio Jorge (2008): «Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VIII, 255-306.

**Fecha de recepción: 27 de enero de 2017**

**Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017**