

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DERECHOS HUMANOS: DOS ASTILLAS NO HACEN FUEGO

IMMUNITY FROM JURISDICTION AND HUMAN RIGHTS: TWO STICKS DON'T MAKE A FIRE

JOANA ABRISKETA URIARTE*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SENTENCIA *FERRINI* DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA, DE 22 DE OCTUBRE DE 2014: UN ANTECEDENTE NO TAN SUSTANCIAL. III. EL ASUNTO *COMFORT WOMEN C. JAPÓN*, SENTENCIA DICTADA POR LA CORTE DEL DISTRITO CENTRAL DE SEÚL, DE 8 DE ENERO DE 2021: LA INMUNIDAD NO ES ESTÁTICA. IV. EL ASUNTO *CHANGRI-LA C. ALEMANIA*, SENTENCIA DICTADA POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, DE 23 DE AGOSTO DE 2021: ANTE TODO, LA CONSTITUCIÓN. V. ALGUNOS ELEMENTOS DE LA EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD COMO PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN. VII. CONCLUSIONES.

RESUMEN: En 2021, dos tribunales estatales, la Corte del Distrito Central de Seúl y el Supremo Tribunal Federal de Brasil, se pronunciaron con motivo de dos casos relacionados con la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero y la violación de los derechos humanos. Ambos dictaminaron que la inmunidad de jurisdicción no era aplicable dado que los actos objeto del litigio se veían afectados por la grave vulneración de los derechos humanos. En sendos casos, los tribunales apelan a su norma constitucional y a la evolución de la práctica para anteponer la protección de los derechos humanos al principio de inmunidad. Mientras que la Corte de Distrito de Corea del Sur, en el asunto *Comfort Women c. Japón*, se apoya en la protección de las víctimas de los crímenes contra la humanidad y su derecho a la tutela judicial, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el asunto *Changri-la c. Alemania*, se remite a la observancia de los derechos humanos en términos generales para fundamentar su decisión. El presente artículo se pregunta por la fundamentación jurídica esgrimida por ambos tribunales para interpretar la excepción al principio de inmunidad de jurisdicción.

ABSTRACT: During 2021, two domestic courts – the District Court of South Korea and the Brazilian Supreme Court – ruled on two cases related to States' immunity from jurisdiction and the violation of human rights. Both courts decided that immunity was not applicable due to the fact that the acts covered by the dispute were affected by violations of human rights. In both cases the courts appealed to their constitutional norm and to the evolution of international practice in order to put protection of human rights before the principle of sovereign immunity of the States. While the District Court of South Korea in the Comfort Women against Japan case based its decision on the protection of victims of crimes against humanity and the victims' right to judicial protection; in the Changri-la against Brazil case, the Brazilian Federal Supreme Court applied

Fecha de recepción del trabajo: 14 de febrero de 2022. Fecha de aceptación de la versión final: 26 de abril de 2022.

* Titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Deusto (joana.abrisketa@deusto.es).

human rights laws in broad terms in order to support the exception to immunity. This article questions the legal foundations that both tribunals used in their application of the exception to immunity from jurisdiction.

PALABRAS CLAVE: inmunidad de jurisdicción estatal, derechos humanos, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, actos de *iure imperii*.

KEYWORDS: *immunity from State jurisdiction, human rights, war crimes, crimes against humanity, acta iure imperii.*

I. INTRODUCCIÓN

En 2021, dos tribunales estatales, la Corte del Distrito Central de Seúl, en Corea del Sur, y el Supremo Tribunal Federal de Brasil, se pronunciaron con motivo de dos casos relacionados con la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. Ambos dictaminaron que la inmunidad decae cuando los actos objeto del litigio se ven afectados por la violación grave de los derechos humanos. En sendos casos los tribunales anteponen la protección de los derechos humanos al principio de inmunidad de jurisdicción estatal.

Mientras que la Corte de Distrito de Corea del Sur, en el asunto *Comfort Women c. Japón*, califica la conducta de este último como un crimen contra la humanidad cometido de manera deliberada y extensa y exige la reparación a las víctimas¹, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el asunto *Changri-la c. Alemania*, se centra en la prevalencia de la protección de los derechos humanos prevista en su norma constitucional para fundamentar la excepción a la inmunidad y exigir lo propio a Alemania².

Sumados a la sentencia *Ferrini* de la Corte Constitucional italiana de 2014³, ambos casos, que también se remontan a hechos acaecidos durante la II Guerra Mundial, nos llevan a reflexionar sobre un posible efecto amplificador de la excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado cuando el objeto del litigio trae causa en la violación de los derechos humanos. Resultaría artificioso y un exceso, no obstante, anunciar en este artículo que la multiplicación de episodios de sentencias de tribunales estatales en esta línea marca una pauta novedosa y determinante en la práctica internacional. Primero, porque se exponen solo las dos sentencias de 2021 mencionadas (junto con el antecedente del caso *Ferrini* de 2014). Y segundo, porque se intercalan con sentencias discrepantes que muestran las oscilaciones de la práctica. Como evoca Remiro Brotóns a través de la

¹ Seoul Central District Court, The 34th Civil Chamber, *n.º 2016 Ga-Hap 505092 Compensation for Damage*, 8 de enero de 2021 (traducción de la sentencia al inglés cedida por The Council for Justice and Remembrance for the Issues of Military Sexual Slavery by Japan).

² Supremo Tribunal Federal de Brasil, Recurso extraordinário com Agravo 954.858 Rio de Janeiro, 23 de agosto de 2021.

³ Corte Costituzionale, *Sentenza 238/2014* (ECLI:IT:COST:2014:238). Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Una traducción al inglés de la sentencia puede encontrarse en: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf>.

metáfora que me permito emplear en el título de este artículo: “la fricción de dos astillas no crea el fuego”⁴.

Con todo, las víctimas de los más graves crímenes cometidos por Estados extranjeros podrían verse alentadas a reclamar una compensación ante sus tribunales nacionales. La esperanza, que no la certeza, de que, como hicieron la Corte de Distrito de Seúl y el Supremo Federal de Brasil, sus peticiones se traducirán en sentencias que hagan prevalecer la reparación de los daños frente a la inmunidad de jurisdicción estatal se ha acrecentado. Visto de otro modo, las tres sentencias referidas brindan a los tribunales internos la tentación de secundar esta línea de argumentación y emular así a los tribunales de Italia, de Seúl y de Brasil –de tres continentes diferentes–. Dado que en casi todos los Estados latén más o menos silenciosamente pasados oscuros, mejor sería, visto el confuso panorama, que el Derecho internacional ofreciera mayor seguridad jurídica.

Los estudios sobre la relación entre la inmunidad de jurisdicción y los derechos humanos han sido ampliamente abordados por la doctrina en las últimas décadas. Son destacables entre nosotros las obras de Espósito y de Ferrer que sistematizan con rigor las fricciones entre el principio estructural de la inmunidad de jurisdicción y el carácter emergente y universal de la protección de los derechos humanos⁵. Sobre estas bases, el objeto de este

⁴ REMIRO BROTONS, A., “Comentarios a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1 de octubre de 2018 en el caso de la obligación de negociar un acceso (soberano) al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, n.º 2, 2021, pp. 445-463, p. 457.

⁵ ESPOSITO, C., *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, y dos planteamientos pormenorizados del mismo autor en: “Sobre la emergencia de una excepción a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante las violaciones graves de derechos humanos”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2008, n.º 1, pp. 205-224, y “Jus Cogens and jurisdictional immunities of States at the International Court of Justice: “A conflict does exist”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 21, n.º 1, 2011, pp. 161-174 y FERRER LLORET, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIX, n.º 1, 2007, pp. 29-63 y las demás aportaciones del mismo autor recogidas a lo largo de este artículo. También FOX, H., “In defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is important”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, pp. 399-406; CANNIZZARO, E., y BONAFÉ, B., “Of Rights and Remedies: Sovereign Immunity and Fundamental Human Rights”, en FASTENRATH, U., et al. (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011, pp. 825-842; CARRERA HERNÁNDEZ, F., “La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, 2006, n.º 2, pp. 711-736; FERRER LLORET, J., “La insoportable levedad del Derecho Internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional*, n.º 24, 2012, pp. 1-36 y del mismo autor, “La jurisdicción civil universal ante el Derecho Internacional –y su relación la jurisdicción penal universal–: a propósito de Naït-Liman, v. Switzerland”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 47, 2019; 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, pp. 1-15; GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, octubre 2011, pp. 145-169; GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La inmunidad de jurisdicción del Estado (Alcance y excepciones)”, en la obra colectiva dirigida por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestión y contenido*,

artículo analiza los argumentos empleados en las dos sentencias que se sumaron a la práctica estatal en el año 2021, aportados por la Corte de Distrito de Corea del Sur en el asunto *Comfort Women*, y por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en el asunto *Changri-la*. La pregunta es si, al margen del resultado, las sentencias ofrecen avances significativos en la sistematización de los razonamientos jurídicos en favor de la caracterización de la excepción de inmunidad.

Para abordar el estudio, partimos de uno de los más ilustrativos antecedentes judiciales en este ámbito. Este es el caso *Ferrini*, en el que la Corte Constitucional italiana decide restar autoridad a la sentencia de 3 de febrero de 2012 de la CIJ sobre *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia, intervención de Grecia)* (en adelante el caso de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*)⁶. Concretamente, la Corte Constitucional italiana declara, como veremos, que es inconstitucional dar cabida en el orden interno italiano a la norma consuetudinaria internacional sobre la inmunidad de jurisdicción estatal⁷. Después de referirnos al caso *Ferrini*, analizamos las dos sentencias de 2021 referidas, seguidas de una recapitulación a modo de intento de sistematización del problema jurídico, para llegar, finalmente, a las conclusiones del estudio.

II. LA SENTENCIA *FERRINI* DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA DE 22 DE OCTUBRE DE 2014: UN ANTECEDENTE NO TAN SUSTANCIAL

En la edición de 2019 de la obra *The Law of State Immunity* –una de las monografías de referencia sobre la inmunidad del Estado– sus autoras, Fox y Webb, añaden un nuevo apartado a su prólogo y lo titulan así: “Tensions between national constitutional requirements and superior international norms”⁸. Allí advierten de la creciente tensión entre las decisiones de los órganos constitucionales nacionales y las normas del Derecho internacional que protegen intereses fundamentales. El origen de esta tensión se sitúa en los efectos provocados en Italia por la sentencia de la CIJ de 2012 sobre el caso de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*. Mejor dicho, se sitúa en el señor *Luigi Ferrini*.

El señor *Luigi Ferrini*, de nacionalidad italiana y arrestado por los soldados alemanes entre 1944 y 1945, fue obligado a trabajar en una fábrica de municiones alemana sin que

Cuadernos de la Escuela Diplomática, n.º 55, 2016, pp. 41-58; LAUTERPACHT, H., “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, *British Yearbook of International Law*, n.º 28, 1951, pp. 220-246 (en este artículo, que fue uno de los primeros sobre esta cuestión, el autor ya identificó los efectos perversos de las normas de inmunidad sobre el disfrute de los derechos humanos); SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Ius cogens, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, n.º 1-2, 2001, n.º 1-2, pp. 313-330 y UERPMANN-WITZACK, R., “Serious Human Rights Violations as Potential Exceptions to Immunity: Conceptual Challenges”, en PETERS, A., LAGRANGE, E., OELER, S., TOMOUSHAT, C. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, 2014, Brill Nijhoff, Londres, pp. 236-243.

⁶ CIJ, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado, (Alemania c. Italia, intervención de Grecia)*, 3 de febrero de 2012.

⁷ Corte Costituzionale, *Sentenza 238/2014, op.cit.*

⁸ FOX, H., y WEBB, Ph., *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2019, pp. XI-XII.

fuera reconocido su estatuto de prisionero de guerra. En 1999 presenta una demanda civil ante la Corte de Distrito italiana de Arezzo en la que solicita una indemnización a Alemania por los daños padecidos. La Corte rechaza la demanda sobre la base de la inmunidad soberana de la que goza el Estado alemán. Posteriormente, la Corte de apelación también impugna el recurso. Sin embargo, el 11 de marzo 2004, la Corte de Casación italiana (*Corte di Cassazione*) cambia el sentido de las sentencias precedentes y afirma que la inmunidad soberana no es aplicable a los actos del Estado alemán puesto que estos constituyen crímenes internacionales. En tanto que violación de las normas de *ius cogens* son jerárquicamente superiores a la norma consuetudinaria sobre inmunidad jurisdiccional⁹. Aún más, como resultado del proceso, Italia expropia los bienes alemanes situados en territorio italiano. Incluso, Italia declara aplicable una sentencia adoptada por los tribunales griegos sobre actos similares que también condenaba a Alemania¹⁰.

Así las cosas, Alemania decide demandar a Italia ante la CIJ porque considera que la decisión de la Corte de Casación italiana no respeta su derecho a la inmunidad de jurisdicción. El 3 de febrero de 2012, la CIJ dicta la sentencia sobre las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*. Expuesto aquí sintéticamente, Alemania invoca un motivo determinante: los tribunales italianos admitieron las demandas presentadas contra Alemania por los crímenes de guerra cometidos por sus fuerzas armadas durante la II Guerra Mundial, cuando estos actos, considerados de *iure imperii*, están amparados por la inmunidad de jurisdicción. La CIJ da la razón a Alemania y declara que, efectivamente, conforme a la práctica estatal, la inmunidad de jurisdicción se extiende a los actos *jure imperii* cometidos por las fuerzas armadas y otros órganos del Estado en tiempo de conflicto armado:

“In the Court’s opinion, State practice in the form of judicial decisions supports the proposition that State immunity for *acta jure imperii* continues to extend to civil proceedings for acts occasioning death, personal injury or damage to property committed by the armed forces and other organs of a State in the conduct of armed conflict, even if the relevant acts take place on the territory of the forum State”¹¹.

Del hilo argumental de la sentencia de la CIJ, adoptada por una clara mayoría¹², se extrae la conclusión de que no cabe invocar la excepción de inmunidad ante los crímenes de guerra, ni siquiera ante la violación de las normas de *ius cogens*¹³; que la inmunidad ha

⁹ Corte di Cassazione (Sezioni Unite), *Sentenza 5044, Luigi Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, 11 de marzo de 2004, (Unalex IT-215).

¹⁰ Sobre este caso véase FERRER, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante las violaciones graves de los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, *op.cit.*, en concreto pp. 37-40.

¹¹ CIJ, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, *op.cit.*, párr. 77.

¹² La sentencia fue adoptada por doce votos contra tres en el punto en el que condenaba a Italia porque sus tribunales admitieron las demandas civiles basadas en la infracción del Derecho internacional humanitario cometidas por el III Reich entre 1943 y 1945; y por catorce votos contra uno en el aspecto relativo a la adopción de medidas de ejecución por parte de Italia contra la villa Vigoni y por haber declarado ejecutables las decisiones de los tribunales griegos sobre las violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en Grecia.

¹³ *Ibid.*, párrs. 89, 92-93 y 95.

de ser evaluada con carácter preliminar e independientemente de la gravedad de las alegaciones de la demanda¹⁴; y que nada impide que las graves violaciones puedan constituir actos de *iure imperii*¹⁵.

Los tribunales internos italianos asumen que la sentencia de la CIJ sobre *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* es *self-executing* dentro del sistema legal italiano e interrumpen todos los procesos pendientes contra Alemania. Incluso la Corte de Casación se retrae de su sentencia adoptada en 2004 y se declara en favor del efecto inmediato y directo de la sentencia de la CIJ¹⁶. Por su parte, con el fin de cumplir con la sentencia de la CIJ, y al mismo tiempo aclarar y aplacar los ánimos, el gobierno y el parlamento italianos promueven la adopción de una norma que hace obligatorio el cumplimiento de la sentencia de la CIJ.

Así las cosas, el Parlamento italiano adopta una nueva norma que hace exigible el cumplimiento de las sentencias de la CIJ a los tribunales italianos. Se trata del art. 3 de la Ley 5, de 14 de enero de 2013, sobre la adhesión de la República Italiana a la Convención de Naciones Unidas de 2004 sobre inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes (en adelante, Convención de 2004)¹⁷. Dentro del sistema legal italiano, la obligación resulta aplicable en virtud del art. 10 (1) de la Constitución así como del art. 1 de la Ley 848, de 17 de agosto de 1957, que otorga efectos a la Carta de Naciones Unidas –incluida la obligación de cumplir con las sentencias de la CIJ–. De modo que Italia cuenta con una renovada legislación interna cuyo objeto es hacer implementar la sentencia de la CIJ.

Ahora bien, tras la lectura de la sentencia de la CIJ sobre *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, parte de la doctrina manifiesta que el caso no ha terminado¹⁸. Bianchi la aplaude con ironía en *EJIL Talk!*: “At least we have certainty”¹⁹. La decisión del más alto órgano judicial internacional apenas logra desgranar el alcance de las normas de derechos humanos ante la inmunidad de jurisdicción estatal²⁰. La fundamentación de la

¹⁴ *Ibid.*, párr. 82.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 64.

¹⁶ Corte di Cassazione (Sez. I penale), *Criminal proceedings against Albers and others*, 9 de agosto de 2012, No. 32139; Corte di Cassazione (Sezioni Unite Civili), *Frasca v. Federal Republic of Germany*, 21 de febrero de 2013, No. 4284.

¹⁷ Legge n. 5, de 14 de gennaio de 2013 (Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento all'ordinamento interno (13G00023) (GU Serie Generale n. 24 del 29-01-2013).

¹⁸ WEILER, J., Editorial: Germany v. Italy: Jurisdictional Immunities–Redux (and Redux and Redux), 18 de octubre de 2021. Véase: ejiltalk.org/germany-v-italy-jurisdictional-immunities-redux-and-redux-and-redux

¹⁹ BIANCHI, A., “On Certainty”, *EJIL: Talk!*, 16 de febrero de 2012. Véase: <https://www.ejiltalk.org/on-certainty/>

²⁰ A excepción de las Opiniones particulares de los jueces Yusuf y Cañado Trindade, así como del juez ad hoc Gaja, cuyas palabras no pueden ser más claras: “The scope of the ‘tort exception’ deserves further analysis, also because this is an area where the law, according to several judicial decisions, is currently developing”, de la sentencia CIJ, *Inmunidades jurisdiccionales Alemania c. Italia*, *op. cit.*, párr. 1.

sentencia basada en una norma de carácter procesal que lleva a la inaplicación de una norma de carácter sustantivo es cuestionada por la doctrina²¹.

La repercusión de la sentencia de la CIJ alcanza su máxima expresión cuando la Corte Constitucional italiana irrumpe en el escenario. Lo hace para declarar la inconstitucionalidad de la ley interna italiana que pretende alinear el orden legal interno con la sentencia de la CIJ sobre *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*. La Corte Constitucional italiana –que se opone a la aplicación de la norma interna por su carácter inconstitucional– afirma que el cumplimiento de la sentencia de la CIJ conlleva una restricción desproporcionada del derecho de acceso a los tribunales recogido en la Constitución italiana. Las normas dictadas vulneran los principios fundamentales de la Constitución, en concreto, la inderogabilidad de los derechos del art. 2 y el derecho de acceso a los tribunales del art. 24²². Y así, declara inconstitucionales las normas dictadas por el poder legislativo italiano cuyo objeto es hacer cumplir la sentencia de la CIJ. En concreto, tanto las previsiones de la Ley 5 de 2013 como de la Ley 848 de 1957²³.

Hasta entonces, los órdenes internos de los Estados se habían inclinado por sostener que estos gozan de inmunidad de jurisdicción incluso si se trata de litigios que tienen por objeto la violación de los derechos humanos. Léase los casos del Reino Unido²⁴, de Canadá²⁵ y de Alemania²⁶. En conjunto, la práctica internacional mostraba que los razonamientos presentados para levantar la inmunidad de jurisdicción estatal habían sido en gran parte rechazados²⁷.

Incluso en el ámbito del Consejo de Europa, en el que se reconoce de manera expresa y en tanto que pilar del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 el derecho a la tutela judicial, el TEDH admite que tal derecho de acceso a los tribunales ha de leerse a

²¹ ESPÓSITO, C., “El *ius cogens* y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia”, en TORRES BERNÁNDEZ, S., FERNÁNDEZ ROZAS, C., FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., QUEL LÓPEZ, C. y LÓPEZ MARTÍN, A.G., (coords.), *El Derecho internacional en el mundo multipolar, El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, 2013, pp. 333-348; GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La inmunidad de jurisdicción del Estado (Alcance y excepciones)”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.(ed.), *La Ley Orgánica, op.cit.*, p. 57; JERVIS, C., “Jurisdictional Immunities Revisited: An Analysis of the Procedure Substance Distinction in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 30, n.º 1, 2019, pp. 105-128.

²² Sobre la decisión de la Corte italiana, entre otras muchas: CONFORTI, B., “La Cour Constitutionnelle italienne et les droits de l’homme meconnus sur le plan international”, *Révue Générale de Droit International Public*, vol. CXIX, 2015, pp. 353-359 y VOLPE, V., PETERS, A., y BATTINI, S. (eds.), *Remedies against Immunity? Reconciling International and Domestic Law after the Italian Constitutional Court’s Sentenza 238/2014*, Springer, 2021.

²³ Corte Costituzionale, *Sentenza 238/2014, op.cit.*

²⁴ House of Lords, Jones (Respondent) v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabyya AS Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia), [2006] UKHL 26, 14 de junio de 2006.

²⁵ Court of Appeal for Ontario, *Bouzari v. Iran*, 2004 Can LII (Canadian Legal Information Institute) 871 (ON CA), <<https://canlii.ca/t/1hdv4>>.

²⁶ *Prinz v. Federal Republic of Germany* 813 F Supp 22 (1992) (US CD) y 26 F 3d 1166 (1994) (SU Court of Appeal).

²⁷ CANIZZARO, E., y BONAFÉ, B., “Of Rights and Remedies: Sovereign Immunity and Fundamental Rights”, en FASTERNRATH, U., et al., (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011, pp. 825-841, p. 838.

la luz de las limitaciones impuestas por el principio de inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero y en virtud del principio de proporcionalidad. A las clásicas referencias a las sentencias del TEDH, *Al-Adsani c. Reino Unido* y *Kalogeropoulou y otros c. Grecia y Alemania*, se suma la sentencia *Naït-Liman c. Suiza* dictada recientemente en este mismo sentido²⁸.

Diferían de esta visión tanto la Corte Constitucional italiana en el caso *Ferrini* como la Corte Suprema griega en el caso sobre la *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*—esta última sentencia fue revocada posteriormente por la propia Corte griega—²⁹. Por lo tanto, el caso *Ferrini* es el primero en el que un tribunal estatal dictamina que la norma interna adoptada para implementar la sentencia de la CIJ sobre las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* compromete el orden constitucional dado que no reconoce el derecho de acceso a los tribunales³⁰. Garantizar la inmunidad a los Estados extranjeros sin ningún remedio en favor de las víctimas constituye un “sacrificio indefendible de los derechos fundamentales”, y especialmente, del derecho a un recurso efectivo del art. 24 de la Constitución italiana³¹.

A partir de entonces, la doctrina defensora de la sentencia *Ferrini*, que había criticado la decisión de la CIJ calificándola como conservadora, carente de *ars legis*, y como una intrusión del Derecho internacional en el orden interno, se ve respaldada³². En esta línea, Zanghi afirma que la sentencia de la Corte constitucional italiana “attire l’attention du monde entier sur l’opportunité de faire évoluer le droit international coutumier”³³. Por el contrario, en opinión de otro sector doctrinal menos entusiasta, la sentencia *Ferrini* carece de base legal puesto que no existe una práctica que la sostenga. La crítica se basa en que tal sentencia trata de presentar como Derecho vigente lo que es “at best, a better law for

²⁸ TEDH, *Al-Adsani c. Reino Unido*, n. 35763/97, 21 de noviembre de 2001 y *Kalogeropoulou y otros c. Grecia y Alemania*, (Decisión de admisibilidad), n. 59021/00, 12 de diciembre de 2002, *Naït-Liman c. Suiza*, n. 51357/07, 15 de marzo de 2018.

²⁹ BANTEKAS, I., GAVOUNELI, M., “Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany. Case No.11/2000. Areios Pagos (Hellenic Supreme Court), May 4, 2000”, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 198-204. (También llamado el caso de la masacre de Distomo).

³⁰ Tras la sentencia de la CIJ, *Avena y otros nacionales mejicanos (Méjico c. Estados Unidos)*, de 31 de marzo de 2004, el Tribunal Supremo de Estados Unidos se pronunció sobre la no ejecución directa de la sentencia en el orden doméstico. Se trataba del caso United States Supreme Court, *Medellín v. Texas*, No. 06-984, de 25 de marzo de 2008. Aunque puede resultar un caso equiparable, en este no existe consideración alguna a los derechos humanos.

³¹ Corte Costituzionale, *Sentenza 238/2014*, *op.cit.*, párr. 38136.

³² BOTHE, M., “Remedies of Victims of War Crimes and Crimes against Humanity: Some Critical Remarks on the ICJ’s Judgment on the Jurisdictional Immunity of States”, en PETERS, A., LAGRANGE, E., OELER, S., TOMOUSCHAT, C. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, *op.cit.*, pp. 99-115, CONFORTI, B., “La Cour Constitutionnelle italienne et les droits de l’homme méconnus sur le plan international”, *Revue Général de Droit International Public*, n.º 119, 2015, pp. 353-359, y PETERS, A., “Let Not Triepel Triumph—How to Make the Best Out of Sentenza No.238 of the Italian Constitutional Court for a Global Legal Order”, *EJIL:Talk!*, 22 de diciembre de 2014. <https://www.ejiltalk.org/let-not-triepel-triumph-how-to-make-the-best-out-of-sentenza-no-238-of-the-italian-constitutional-court-for-a-global-legal-order-part-i/>

³³ ZANGHI, C., “Une nouvelle limitation à l’immunité de juridiction des États dans l’arrêt 238 de 2014 de la Cour Constitutionnelle italienne?”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n.º 1, 2015, pp. 1-14.

the future”³⁴. Estas visiones contradictorias muestran, con todo, que la Corte Constitucional italiana logra ponerse en un plano equiparable al de la CIJ. Ante lo cual, según Weiler, Alemania “está perdiendo la paciencia” hasta el punto de que contempla remitir el caso al Consejo de Seguridad (por el incumplimiento de Italia de la decisión de la CIJ) o iniciar un nuevo procedimiento ante la CIJ³⁵.

III. EL ASUNTO *COMFORT WOMEN C. JAPÓN*, SENTENCIA DICTADA POR LA CORTE DEL DISTRITO CENTRAL DE SEÚL, DE 8 DE ENERO DE 2021: LA INMUNIDAD NO ES ESTÁTICA

El 8 de enero de 2021, la Corte del Distrito Central de Seúl dictamina que el gobierno japonés debe reparar los daños ocasionados a doce mujeres coreanas por la esclavitud sexual a la que fueron sometidas por el Ejército Imperial japonés durante la ocupación de la península de Corea desde 1910 hasta 1945³⁶. La Corte de Distrito de Seúl declara que la utilización de estas mujeres como esclavas sexuales constituye un crimen contra la humanidad y ordena el pago de 100 millones de won coreanos (aproximadamente 77.800 €) a cada mujer forzada a trabajar en las llamadas “estaciones de confort”³⁷. Por su parte, el gobierno japonés manifiesta que no cumplirá la sentencia y aduce la prevalencia de la inmunidad soberana del Estado japonés sobre cualquier otra consideración.

A las víctimas de estos crímenes se les denomina *Comfort Women* en el entendido de que el objetivo del Ejército japonés era brindar supuestamente el confort físico y emocional a los soldados japoneses. La trascendencia de los hechos fue puesta de relieve por el “Informe de Naciones Unidas sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y otras prácticas equiparables a la esclavitud durante los conflictos armados”³⁸. Según este Informe, más de 200.000 mujeres fueron esclavizadas por el ejército japonés durante la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de origen coreano.

³⁴ FOCARELLI, C., “Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: The Ferrini Decision”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2005, pp. 951-958; “Immunité des États et jus cogens. La dynamique du droit international et la fonction du jus cogens dans le processus de changement de la règle sur l’immunité juridictionnelle des États étrangers”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 12, n.º 4, 2008, pp. 761-794 y “Federal Republic of Germany v. Giovanni Mantelli and Others, Order No. 14201”, *American Journal of International Law*, vol.13, 2009, pp. 122-131 y FOX, H., “State Immunity and the International Crime of Torture”, *European Human Rights Law Review*, n.º 2, 2006, pp. 142-157.

³⁵ WEILER, J., “Editorial: Germany v. Italy: Jurisdictional Immunities– Redux (and Redux and Redux)”, *EJIL Talk!*, 18 de octubre de 2021, p. 2. Véase en: ejiltalk.org/germany-v-italy-jurisdictional-immunities-redux-and-redux-and-redux/

³⁶ Seoul Central District Court, n.º 2016 Ga-Hap 505092 Compensation for Damage, 8 de enero de 2021. (Traducción de la sentencia al inglés cedida por The Council for Justice and Remembrance for the Issues of Military Sexual Slavery by Japan).

³⁷ Seis de ellas habían fallecido durante el proceso y fueron representadas por sus familiares.

³⁸ Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Formas contemporáneas de la esclavitud. La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado. Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/1998/13 de 22 de junio de 1998.

Antes de entrar a analizar la sentencia de 8 de enero de 2021, que conforma el objeto central de los siguientes apartados, conviene advertir que la afirmación contenida en la misma, que defiende la tesis sobre el cese de la inmunidad ante la comisión de crímenes contra la humanidad, fue refutada el 21 de abril del mismo año por la misma Corte de Distrito Central de Seúl ante un caso similar también relacionado con las *Comfort Women*³⁹. Por su parte, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, también en 2021 en el marco de un caso diferente, como se explica más adelante, hace prevalecer la inmunidad de jurisdicción frente a la violación de los derechos humanos⁴⁰. Esto es una muestra de las oscilantes soluciones aportadas por los tribunales estatales ante los mismos hechos, o ante hechos asimilables, lo que puede hacer arbitrario al Derecho⁴¹.

1. La doctrina de la inmunidad del Estado no es ni permanente ni estática

En la sentencia de 8 de enero de 2021, la Corte de Distrito de Seúl asume su competencia jurisdiccional bajo el argumento de que “la doctrina de la inmunidad del Estado no es ni permanente ni estática”⁴². Señala que la inmunidad de jurisdicción evoluciona de acuerdo con los cambios del orden internacional. Y se remonta al siglo XIX para situar el punto de arranque de esta evolución:

“Since the end of the 19th century, a more restrictive approach was used to the concept of state immunity, and many countries have established domestic laws or have signed treaties stating that state immunity does not apply to private and commercial acts. Academic theories arguing that state immunity should not be recognized when a lawsuit is filed for crimes against humanity or human rights have also emerged”⁴³.

Con el fin de defender la tesis sobre la tendencia hacia la concepción restrictiva del principio de inmunidad, la Corte de Seúl se refiere, en primer orden, a los convenios internacionales relativos a la materia. Pese a no ser aplicables al caso desde el prisma convencional, se remite a ellas en tanto en cuanto recogen normas consuetudinarias. La Convención Europea sobre las inmunidades del Estado de 1972⁴⁴, así como la

³⁹ SHIN, H., “South Korea Court dismisses ‘Comfort Women’ lawsuit, contradicts earlier ruling”, <https://www.reuters.com/world/china/skorea-court-dismisses-comfort-women-lawsuit-contradicts-earlier-ruling-2021-04-21/>.

⁴⁰ United States Supreme Court, *Federal Republic of Germany et al. v. Philip et al.*, No. 19-351, 3 de febrero de 2021

⁴¹ JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Contra medidas colectivas, responsabilidad de proteger e inmunidades estatales: visiones caleidoscópicas del Derecho internacional”, en TORRES BERNARDEZ, S. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., et al. (coords.), *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, 2013, p. 264.

⁴² Seoul Central District Court, The 34th Civil Chamber, Judgment, Case no. 2016 Ga-Hap 505092 Compensation for Damage (Others), *op.cit.*, Sección 3, C, (3.3), pg. 27.

⁴³ *Ibid.*, Sección 3, A (2), pg. 20.

⁴⁴ La Convención Europea de 1972 se muestra a favor de una concepción restrictiva de la inmunidad de jurisdicción. Esto se refleja en los arts. 1 a 14 de la Convención, que establecen un listado de hipótesis en las que la inmunidad queda levantada de oficio y que están asociados a los actos de gestión. Véase, SINCLAIR, M., “The European Convention on State Immunity”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 22, n.º 2, 1973, pp. 254-283 y REYNAUD, M.O., “La Convention européenne sur

Convención de Naciones Unidas de 2004 –esta última aún no está vigente– establecen una serie de situaciones excepcionales conforme a las cuales no cabe invocar la inmunidad⁴⁵. En segundo orden, la Corte de Seúl se remite a las normas internas de una serie de Estados. En concreto, a la Ley de Estados Unidos sobre las inmunidades soberanas extranjeras de 1976 (Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA))⁴⁶, a la Ley sobre la inmunidad soberana del Reino Unido de 1978 (State Immunity Act), a la Ley de Singapur sobre la inmunidad del Estado de 1979 y a la Ley sobre la Jurisdicción Civil contra los Estados extranjeros de Japón de 2009, que recogen situaciones excepcionales en las que la inmunidad no es aplicable. En este orden de cosas, alude a la legislación de Sudáfrica, Australia, Canadá y Argentina que también aprueban una serie de excepciones a la inmunidad en sus órdenes legales⁴⁷.

De otro lado, al referirse a las excepciones a la inmunidad de jurisdicción, la Corte de Seúl esgrime que las violaciones de las normas de *ius cogens* merecen una consideración especial. El fundamento de la excepción se desprende del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En este marco, emplea el comentario al Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado en 2001, que alude a varios ejemplos sobre la violación de las normas de *ius cogens*. Entre ellas, la prohibición de la comisión de crímenes contra la humanidad así como las normas básicas del derecho internacional humanitario⁴⁸.

A todo ello la Corte de Distrito de Seúl añade que se debe analizar la naturaleza de los crímenes cometidos bajo el prisma del Derecho internacional convencional. El Estado de Japón se halla obligado por los tratados internacionales de los que es parte en el momento de la comisión de los hechos. Particularmente, por aquellos que prohíben la esclavitud sexual: el Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907, el Acuerdo internacional para la supresión de la trata de blancas de 1910, la Convención sobre la supresión del tráfico de mujeres y de niños de 1921, la Convención sobre la Esclavitud de 1926 –estas dos últimas aprobadas en el marco de la Sociedad de Naciones–, y la Convención de la OIT n.º 29 sobre el trabajo forzoso de 1930.

l'immunité des Etats du 16 mai 1972", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 20, 1974, pp. 924-943.

⁴⁵ La Corte de Distrito enumeró en su sentencia las razones por las que los Estados no pueden invocar la inmunidad en virtud de la Convención de 2004 (transacciones mercantiles; contratos de trabajo; lesiones de personas y daños a los bienes; propiedad, posesión y uso de bienes; propiedad intelectual e industrial, participación en sociedades u otras colectividades, buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado; y los efectos de un convenio arbitral (en Seoul Central District Court, *The 34th Civil Chamber, Judgment, Case no. 2016 Ga-Hap 505092 Compensation for Damage (Others)*, *op.cit.*, nota 15 de la sentencia).

⁴⁶ La adopción de la Ley sobre Inmunidad de Jurisdicción por Estados Unidos en 1976 constituyó uno de los desarrollos legislativos que trajo cambios significativos en el ámbito de la práctica de los Estados sobre inmunidad en la década de los setenta y el periodo posterior. Esta Ley fue modificada en 1996 para introducir la excepción sobre “los Estados terroristas” con motivo de las demandas presentadas contra Libia ante los tribunales de Estados Unidos relacionadas con el caso Lockerbie y posteriormente en 2008.

⁴⁷ Seoul Central District Court, *The 34th Civil Chamber, Judgment, Case no. 2016 Ga-Hap 505092 Compensation for Damage (Others)*, *op.cit.*, Sección 3, C, (3.3), pg. 24.

⁴⁸ *Ibid.*, Sección 3, C (3.5).

2. Prevalece el derecho a la tutela judicial reconocido en la Constitución de Corea del Sur

A la hora de acudir a la práctica internacional, la Corte de Seúl, desde una aproximación selectiva en su análisis, recurre a la sentencia *Ferrini* dictada por la Corte de Casación italiana el 6 de noviembre de 2004⁴⁹ así como a la sentencia 238 de 22 de octubre de 2014 de la Corte Constitucional italiana⁵⁰. En este *iter* argumental, la sentencia de la CIJ sobre *Inmunidades jurisdiccionales* es tratada por la Corte de Distrito de Seúl como “una mera pieza más de la práctica internacional”⁵¹. De hecho, el órgano judicial coreano reconoce mayor relevancia a la sentencia de la Corte Constitucional italiana que a la dictada por la CIJ.

La selección de los precedentes hecha por la Corte coreana se pone de relieve en los términos siguientes:

“After the ICJ judgment, the Italian Constitutional Court decided on October 22, 2014, that customary international law of state immunity violates the basic value of Italian constitutional order which is based on the recognition and guarantees of the dignity and worth of the human person and the *right of access to courts* and thus cannot be accommodated within the Italian legal order”⁵².

La Corte de Seúl admite que, en principio, conforme a la norma de Derecho internacional general sobre la inmunidad jurisdiccional, los tribunales de Corea del Sur carecen de competencias para juzgar los actos soberanos llevados a cabo por Japón. Aduce para ello que el acto del Estado destinado a dirigir a sus soldados es *acta iure imperii*⁵³. Ahora bien, añade que los actos examinados, dirigidos contra las ciudadanas coreanas y en la península de Corea⁵⁴, constituyen un “crimen contra la humanidad cometido de manera sistemática, deliberada y extensa por el Imperio japonés en violación de las normas imperativas del Derecho internacional”⁵⁵. Por esta razón, aún tratándose de un acto soberano, decae la inmunidad del jurisdicción.

Completando dicho argumento, en lo que se refiere a la fuerza consuetudinaria del principio de inmunidad de jurisdicción del Estado, la Corte de Seúl lo critica aduciendo

⁴⁹ Corte di Cassazione (Sezioni Unite), *Sentenza n. 15044*, *op.cit.*

⁵⁰ Corte Costituzionale, *Sentenza 238*, *op.cit.* Un comentario sobre la misma en TAMS, C., “Let the Games Continue: Immunity for War Crimes before the Italian Constitutional Court”, 24 de octubre de 2014, ejiltalk.org/let-the-games-continue-immunity-for-war-crimes-before-the-italian-supreme-court/

⁵¹ BRANCA, E., “‘Yet, it moves...’: The Dynamic Evolution of State immunity in the ‘Comfort Women’ Case”, *EJIL Talk*, en: <https://www.ejiltalk.org/yet-it-moves-the-dynamic-evolution-of-state-immunity-in-the-comfort-women-case/>.

⁵² Seoul Central District Court, The 34th Civil Chamber, Judgment, Case no. 2016 Ga-Hap 505092 Compensation for Damage (Others), *op.cit.*, Sección 3, C (2) (cursiva añadida).

⁵³ *Ibid.*, Argumentos de las demandantes, pg. 22.

⁵⁴ Fue después de la Segunda Guerra Mundial cuando la península quedó dividida por el paralelo 38 en Corea del Norte y en Corea del Sur.

⁵⁵ *Ibid.*, Sección 3, C (3).

un doble riesgo: el de la impunidad y el de desproveer a las víctimas del derecho a la tutela judicial efectiva. El párrafo siguiente recoge este doble enfoque:

“If customary law is applied to exempt the defendant from jurisdiction even in cases where the defendant has committed grave crimes against humanity, it would be impossible to sanction a state for violating international conventions that prevent it from committing grave crimes against humanity against citizens of another state, thereby depriving victims of their right of access to courts guaranteed by the Constitution and not providing a remedy for their rights. Such results are unreasonable and unjust as they are not in accordance with the overall legal order that positions the Constitution as the highest norm. Thus, customary international law that applies state immunity is not effective in such cases”⁵⁶.

A continuación, la Corte surcoreana añade que la teoría sobre la inmunidad jurisdiccional del Estado no permite que este viole las normas de *ius cogens* ni que se pueda eludir la reparación por dichos actos⁵⁷. Emplea para ello el art. 27 (1) de la Constitución Coreana que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva. Como apoyo recurre al art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre el derecho a un recurso efectivo⁵⁸.

3. El alcance del Acuerdo entre Japón y Corea del Sur sobre el caso *Comfort Women*

El caso *Comfort Women* enturbió las relaciones entre Japón y Corea del Sur durante décadas. De ahí que el gobierno japonés se negara a participar en el proceso judicial⁵⁹. Además de invocar el principio de inmunidad de jurisdicción, alega que la compensación había quedado resuelta. Primero, por medio del Acuerdo de paz firmado tras la guerra del Pacífico entre las fuerzas aliadas –Estados Unidos y el Reino Unido– y Japón para resolver la compensación por los daños provocados por la guerra, de 8 de septiembre de 1951⁶⁰. En segundo lugar, por medio del Acuerdo sobre la resolución de las controversias sobre la propiedad, las reclamaciones y la cooperación económica entre el gobierno de la República de Corea y el Estado japonés, de 22 de junio de 1965⁶¹. Y en tercer lugar, por

⁵⁶ Seoul Central District Court, The 34th Civil Chamber, Judgment, Case no. 2016 Ga-Hap 505092 Compensation for Damage (Others), *op.cit.*, Sección 3, C (3).

⁵⁷ *Ibid.*, Sección 3, C (3.7).

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ WUI LING, Ch., “Walking the Long Road in Solidarity and Hope: A Case Study of the Comfort Women Movement’s Deployment of Human Rights Discourse”, *Harvard Human Rights Journal*, n.º 22, 2009, pp. 63-107.

⁶⁰ El Tratado de San Francisco, de 8 de septiembre de 1951, dispone en su art. 4 (a): “The disposition of property of Japan and of its nationals in the areas referred to in Article 2 [including Korea], and their claims, including debts, against the authorities presently administering such areas and the residents (including juridical persons) thereof, and the disposition in Japan of property of such authorities and residents and of claims, including debts of such authorities and residents against Japan and its nationals shall be the subject of special arrangements between Japan and such authorities”.

⁶¹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, No. 8473. Agreement on the Settlement of Problems Concerning Property and Claims and on Economic Co-operation Between Japan and the Republic of Korea, firmado en Tokyo, el 22 de junio de 1965.

el llamado Acuerdo sobre la cuestión de las *Comfort Women*, de 28 de diciembre de 2015⁶².

Japón insiste en que ambos países resolvieron su disputa de manera “irrevocable” dado que el Acuerdo de 2015 incluye una petición de perdón oficial y la creación de un fondo de garantía para el establecimiento de una fundación que apoyaría a las víctimas supervivientes⁶³. En opinión del Estado japonés, el acuerdo permanece vigente y la Fundación para la Reconciliación y la Sanación constituida en virtud del Acuerdo ha ofrecido la reparación a 99 de las víctimas o sus familiares –solo viven quince de las 240 víctimas registradas–. Sin embargo, en 2018 el presidente de Corea del Sur nombrado con carácter posterior a tal Acuerdo –Moon Jae-in– manifestó que este quedaba anulado bajo el argumento de que la solución propuesta no reflejaba el deseo de las víctimas ni de la opinión pública surcoreana⁶⁴.

Pese a que el Acuerdo de 2015 comprende una indemnización en la forma de fondo de garantía como mecanismo de reparación, la Corte coreana señala que el acceso a los tribunales y a la compensación individual por los daños es una condición *sine qua non* del derecho a la tutela judicial efectiva, contemplado en el art. 27 (1) de su Constitución⁶⁵.

4. Después de la sentencia *Comfort Women*, de 8 de enero de 2021

La sentencia *Comfort Women* dictada por la Corte de Distrito de Seúl el 8 de enero de 2021 se interpreta por una parte de la doctrina como el reflejo de una posición unilateral frente al enfoque universalista atribuido a la CIJ en el caso sobre las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*⁶⁶. En este orden de ideas incluso se valora la opción de que Japón pueda adoptar contramedidas –consistentes en el incumplimiento de otras

⁶² FONTANELLI, F., “Sketches for a Reparation Scheme: How Could a German-Italian Fund for the IMIs Work?”, en VOLPE, V., PETERS, A., BATTINI, S. (eds.), *Remedies against Immunity? Reconciling International and Domestic Law after the Italian Constitutional Court’s Sentenza 238/2014*, Max Planck Institute, Springer, 2021, pp. 159-190, y PANDA, A., “The ‘Final and Irreversible’ 2015 Japan-South Korea Comfort Women Deal Unravels”, *The Diplomat*, 9 de enero de 2017, en: <https://thediplomat.com/2017/01/the-final-and-irreversible-2015-japan-south-korea-comfort-women-deal-unravels/> y Mc CURRY, J., “Seoul court orders Japan to pay damages over wartime sexual slavery”, *The Guardian*, 8 de enero de 2021, <https://www.theguardian.com/world/2021/jan/08/seoul-court-orders-japan-to-pay-damages-over-wartime-sexual-slavery>

⁶³ El 28 de julio de 2016 se estableció la Fundación para la Reconciliación y la Sanación. En diciembre de 2018, frente a la Embajada japonesa de Seúl, se inauguró la estatua de una mujer que simboliza el caso *Comfort Women*.

⁶⁴ Mc CURRY, J., “Seoul court orders Japan to pay damages over wartime sexual slavery”, *op.cit.* y KIM, J. y PARK, J., “South Korea, Japan Agree to Irreversibly End ‘Comfort Women’ Row”, *The Diplomat*, 28 de diciembre de 2015, <https://www.reuters.com/article/us-japan-southkoreacomfortwomen/south-korea-japan-agree-to-irreversibly-end-comfort-women-rowidUSKBN0UB0EC20151228>

⁶⁵ Seoul Central District Court, The 34th Civil Chamber, Judgment, Case no. 2016 Ga-Hap 505092 Compensation for Damage (Others), *op.cit.*, Sección C (3.1).

⁶⁶ PETERS, A., “Let Not Triepel Triumph—How to Make the Best Out of Sentenza No. 238 of the Italian Constitutional Court for a Global Legal Order”, *EJIL:Talk!*, 22 de diciembre de 2014. <https://www.ejiltalk.org/let-not-triepel-triumph-how-to-make-the-best-out-of-sentenza-no-238-of-the-italian-constitutional-court-for-a-global-legal-order-part-i/>

obligaciones internacionales ante Corea del Sur– o demandar al Estado coreano ante la CIJ⁶⁷.

Para mayor desconcierto, el 20 de abril de 2021, dentro del caso *Comfort Women* que nos ocupa, la misma Corte de Distrito de Seúl (aunque con una composición diferente) inadmitió la petición de las víctimas sobre la congelación de los bienes que el Estado nipón tuviera en Corea del Sur para hacer ejecutar la sentencia.

Un día después, el 21 de abril de 2021, con relación a un caso similar sobre la petición de una compensación presentada en diciembre de 2016 por veinte mujeres víctimas y sus descendientes, la referida Corte reconoció la inmunidad de Japón ante la jurisdicción civil de Corea del Sur sobre la base del Derecho internacional consuetudinario. Revocó así la sentencia que analizamos. Subrayó, textualmente, que si la Corte aceptaba una excepción a la inmunidad sería inevitable una controversia diplomática en el proceso de implementación de la sentencia. Por tanto, la resolución del caso debía hacerse por la vía diplomática⁶⁸. Las víctimas recurrirán la demanda e insinúan que existe la opción de demandar a Japón ante la CIJ⁶⁹.

Las oscilaciones de la práctica internacional se ponen aún más de manifiesto si acudimos a lo sucedido estos últimos años en Estados Unidos⁷⁰. Dejamos aquí de un lado el hecho de que la Ley estadounidense sobre la inmunidad del Estado extranjero (*Foreign Sovereign Immunity Act of 1976*) fuera enmendada en 2016 para que pudieran admitirse las demandas de particulares contra los Estados financiadores del terrorismo puesto que merecería un estudio específico⁷¹. Lo relevante, respecto del estudio que nos ocupa, es el hecho de que el 3 de febrero de 2021, unas semanas después de la sentencia *Comfort Women*, el Tribunal Supremo de EEUU suscribió lo dicho por la CIJ en la sentencia sobre *Inmunidades jurisdiccionales*. Declara exactamente lo contrario a lo manifestado por la Corte de Distrito de Seúl en su sentencia de enero de 2021⁷². Se trata del caso

⁶⁷ FRANCHINI, D. “South Korea’s denial of Japan’s immunity for international crimes: Restricting or bypassing the law of state immunity?”, *Völkerrechtsblog*, 18 de enero de 2021 y JIJI, Staff Report, “Japan cautious about taking Seoul to ICJ over ‘Comfort Women’”, *The Japan Times*, 13 de enero de 2021.

⁶⁸ YADAW, M., “South Korea Court Dismisses Suit for Compensation by Victims of Japanese Occupation Sexual Slavery”, *Jurist*, 23 April 2021, <https://www.jurist.org/news/2021/04/south-korea-court-dismisses-suit-for-compensation-by-victims-of-japanese-occupation-sexual-slavery/>

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Sobre la Ley de Inmunidad del Estado Extranjero estadounidense, véase, IGLESIAS VELASCO, A.J., *El juez estatal ante el Derecho internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 232-235.

⁷¹ 28 U.S. Code § 1605 Responsibility of foreign states for international terrorism against the United States. [...] A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of the courts of United States in any case in which money damages are sought against a foreign state for physical injury to person or property or death occurring in the United States and caused by (1) an act of international terrorism in the United States; and (2) a tortious act or acts of the foreign state, or of an official, employee, or agent of that foreign state while acting within the scope of his or her office, employment, or agency, regardless where the tortious act or acts of the foreign state occurred”.

⁷² United States Supreme Court, *Federal Republic of Germany et al. v. Philip et al.*, No. 19-351, 3 de febrero de 2021. Véase un comentario en: FOCARELLI, C., “State Immunity and Serious Violations of Human Rights: Judgment No. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court Seven Years On”, *Italian Review of International and Comparative Law*, 2021, n.º 1, pp. 29-58.

Federal Republic of Germany et al. v. Philipp et al., en el que el Tribunal estadounidense señala que un Estado no queda privado de su inmunidad por el hecho de ser acusado de serias violaciones de los derechos humanos⁷³.

El Tribunal Supremo de Estados Unidos ofrece dos elementos en su argumentación. Primero, señala que la ley de Estados Unidos gobierna en el ámbito doméstico, pero no gobierna el mundo (“United States law governs domestically but does not rule the world”)⁷⁴. En segundo lugar, explica que la legislación estadounidense ha de ser interpretada teniendo en cuenta que su fin último es evitar las fricciones diplomáticas entre los Estados⁷⁵. Sirva este ejemplo dictado poco tiempo después de la sentencia *Comfort Women* para mostrar las contradicciones de la práctica plasmada en las decisiones de diferentes órganos judiciales⁷⁶.

A ello se añade la sentencia dictada por la Corte de Apelación (*Court of Appeal*) holandesa de 7 de diciembre de 2021. La Corte estima que no goza de jurisdicción para conocer del caso sobre el ataque aéreo que tuvo lugar en 2014 en la franja de Gaza por el Ejército israelí. La demanda civil se presentó por un nacional holandés contra dos oficiales de dicho Ejército. La Corte sostiene que los demandados gozaban de inmunidad de jurisdicción funcional respecto del ataque aéreo pese a que se trate de actos constitutivos de crímenes de guerra⁷⁷.

IV. EL ASUNTO *CHANGRI-LA* CONTRA ALEMANIA, SENTENCIA DICTADA POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, DE 8 DE AGOSTO DE 2021: ANTE TODO, LA CONSTITUCIÓN

En julio de 1943, el submarino alemán U-199 patrullaba sobre el mar territorial brasileño, cerca de Cabo Frío, en Río de Janeiro. Sus tripulantes divisaron una sombra que identificaron como una embarcación. Era el barco de pesca brasileño *Changri-la* que navegaba con diez marineros a bordo. El capitán del submarino alemán ordenó a los tripulantes del U-199 que emplearan disparos de cañón hasta hundir al *Changri-la*. El ataque provocó la explosión del barco brasileño y la muerte de los diez hombres a bordo. Posteriormente, las Fuerzas Armadas de Estados Unidos y de Brasil identificaron al submarino alemán causante de los hechos y lo atacaron. Las doce personas que

⁷³ United States Supreme Court, *Federal Republic of Germany et al. v. Philipp et al.*, *op.cit.*, pp. 13-15.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁷⁵ “[W]e interpret the FSIA [US Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, concerning foreign States’ jurisdictional immunity] as we do other statutes affecting international relations: to avoid, where possible, producing friction in our relations with [other] nations and leading some to reciprocate by granting their courts permission to embroil the United States in expensive and difficult litigation”, *Ibid.*

⁷⁶ ARGENTINI, M., “L’immunità dello Stato alla prova dei domestic takings durante l’Olocausto: la Sentenza Federal Republic of Germany c. Philipp della Corte Suprema degli Stati Uniti”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, pp. 493-498.

⁷⁷ Court of Appeal of The Hague, Civil Law Division, Case number 200.278.760/01, 7 de diciembre de 2021. (Traducción no oficial extraída de: <https://jahae.nl/media/pages/nieuws-publicaties/the-hague-court-of-appeal-confirms-functional-immunity-of-two-former-high-ranking-israeli-officials/f564ee81bb-1639748556/judgment-coa-english-translation-redacted.pdf>), párr. 2.7 (d).

sobrevivieron al ataque, incluido el capitán, fueron capturadas como prisioneras. Confesaron que el hundimiento del *Changri-la* fue consecuencia de sus disparos.

El proceso *Changri-la* contra Alemania se inicia cuando los familiares de las víctimas reclaman una compensación por los daños provocados por el ataque perpetrado por el submarino alemán. La demanda interpuesta en 1944 es desestimada por el Tribunal Marítimo brasileño dado que carece de evidencias sobre el hundimiento del barco pesquero⁷⁸. Recurrida la sentencia, el Tribunal Marítimo brasileño reconoce en 2001 que el barco fue hundido como consecuencia del ataque de un submarino alemán⁷⁹.

En todas las instancias a las que acuden hasta llegar al Supremo Tribunal Federal los demandantes encuentran el obstáculo de la norma consuetudinaria del Derecho internacional que establece la inmunidad de jurisdicción estatal respecto de los actos *iure imperii*. Finalmente, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, que asume la función de revisor de la Constitución, y que ejerce las funciones de última instancia del sistema judicial brasileño, revoca las sentencias precedentes y declara que los actos ilícitos cometidos por Estados extranjeros en violación de los derechos humanos no gozan de inmunidad de jurisdicción⁸⁰. Por consiguiente, el alto Tribunal brasileño condena a la República Federal de Alemania a pagar una indemnización a los herederos de las víctimas fallecidas en el naufragio.

1. La generalidad de un argumento basado en “los derechos humanos”

El objeto de la discusión ante el Tribunal brasileño se centra en el debate sobre si la violación de los derechos humanos constituye una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado soberano. El Supremo Tribunal Federal tiene ante sí dos opciones. La primera se traduce en la aplicación la norma internacional consuetudinaria tal y como fue descrita por la CIJ en el caso sobre *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* y que lleva a reconocer la inmunidad del Estado alemán. La segunda opción es sostener la argumentación contraria sobre la base de la exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a un juicio justo –apoyándose en sentencias recientes de tribunales internos como el de Corea del Sur– y en este orden de ideas, rebatir la regla de la inmunidad en los casos de graves violaciones de los derechos humanos.

⁷⁸ SALIBA, A., y MAIA, T., “Changri-la, Antônio Apúlio Aguiar Coutinho and others v The Federal Republic of Germany, Reparation Proceedings, Ordinary Appeal Judgment, No 2008/0042275-3, ILDC 1160 (BR 2008)”, en NOLLKAEMPER, A., y REINISCH, A., (eds.), *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 2ª ed., Oxford University Press, 2020.

⁷⁹ Brazil. Tribunal Marítimo. Processo n. 812/1943. Acórdão. B/P “CHANGRI-LA”. Naufrágio de barco de pesca, como a perda total da embarcação e a morte de dez tripulantes: José da Costa Marques, Deocleciano Pereira da Costa, Otávio Vicente Martins, Ildelfonso Alves da Silva, Manoel Gonçalves Marques, Manoel Francisco dos Santos Júnior, Otávio Alcântara, Zacarias da Costa Marques, Apúlio Vieira de Aguiar e Joaquim Mata de Navarra. Oficiar à Diretoria de Portos e Costas e ao Serviço de Documentação da Marinha como o teor desta decisão, para as medidas competentes. Ataque pela artilharia do submarino alemão U-199 durante a 2ª Guerra Mundial. Accesible en: <https://tm-jurisprudencia.marinha.mil.br/solr/annuals/812.pdf>

⁸⁰ Supremo Tribunal Federal de Brasil, Recurso extraordinário com Agravo 954.858 Rio de Janeiro, 23 de agosto de 2021, *op.cit.*, párr. 9. Fueron emitidos cuatro votos disidentes.

Por una justa mayoría de seis votos frente a cinco, el Supremo Tribunal Federal opta por la segunda opción. Dictamina que es posible la excepción de inmunidad de jurisdicción estatal en el caso de actos cometidos por Estados extranjeros constitutivos de violaciones de los derechos humanos⁸¹. El argumento determinante del Supremo Tribunal Federal procede, no del Derecho internacional, sino del orden legal brasileño. En concreto, del art. 4 (II) de la Constitución brasileña que guía las relaciones internacionales⁸². Dado que el caso afecta a los derechos humanos, y el art. 4 (II) de la Constitución confiere precisamente “prevalencia a los derechos humanos”, el Supremo Tribunal Federal llega a la conclusión de que este precepto debe “hacerse efectivo” y por tanto, es necesario “descartar la inmunidad de jurisdicción” en el caso⁸³.

El Tribunal brasileño vincula la prevalencia de los derechos humanos establecida en su mandato constitucional con el derecho internacional humanitario. De este modo, alude al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, cuyo art. 6 (b) reconoce como crímenes de guerra las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, incluido el asesinato de civiles en alta mar. Incluso se remite al art. 32 sobre el derecho a la verdad del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a los conflictos armados internacionales. Así mismo, acude al art. 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que protege el derecho a la vida⁸⁴. El Tribunal también repara en el acceso a la justicia, protegido tanto en la Constitución brasileña como en el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁸⁵. Y alude en términos generales a los “tribunales nacionales que han retirado o mitigado la inmunidad en casos de actos militares ilegales”⁸⁶.

Resulta significativamente llamativo que la sentencia se refiera a la Constitución brasileña de manera reiterada –en concreto, en 74 ocasiones– y apenas se detenga *expressis verbis* en la necesidad de identificar una excepción o una adaptación a la norma consuetudinaria. La aplicación de la Constitución resuelve el problema⁸⁷. El desarrollo de una explicación sobre la no aplicación de la norma consuetudinaria internacional relativa a la inmunidad habría contribuido a fortalecer la argumentación jurídica.

⁸¹ Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário com Agravo 954.858 Rio de Janeiro, 23 de agosto de 2021, *op.cit.*, p. 33.

⁸² El art. 4 de la Constitución brasileña prevé lo siguiente: “Las relaciones internacionales de la República Federal de Brasil se gobiernan por los siguientes principios: I) la independencia nacional, II) la prevalencia de los derechos humanos; III) la libre determinación de los pueblos), IV) la no intervención, V) la igualdad entre Estados; VI) la defensa de la paz; VII) la solución pacífica de controversias, VIII) el rechazo del terrorismo y del racismo; IX) la cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad, X) la garantía del asilo político.

⁸³ Traducción propia. En el original: “Diante da prescrição constitucional que confere prevalência aos direitos humanos como princípio que rege o Estado brasileiro nas suas relações internacionais (art. 4º, II), [esta Corte debe] torná-la efetiva, afastando a imunidade de jurisdição no caso”, párr.7.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 3.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 6.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 4.

⁸⁷ Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário com Agravo 954.858 Rio de Janeiro, 23 de agosto de 2021. SALIBA, A. y LIMA, L., “The Law of State Immunity Before the Brazilian Supreme Court: What is at Stake with the “Changri-La” case?”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 18, n.º 1, 2021, pp. 53-58.

A ello se añade otra crítica basada en el marco general en el que el Supremo Tribunal Federal enmarca su tesis. Acude al argumento sobre la violación de los derechos humanos, pero no alude al grado de gravedad de la violación, ni a un umbral determinado. Podría entenderse, leyendo la sentencia aisladamente, que la sola violación de los derechos humanos, incluso si fueran derechos económicos, sociales y culturales o el derecho a la propiedad, desembocaría en la suspensión de la inmunidad de jurisdicción estatal.

2. Las decisiones de la CIJ solo obligan a las partes en litigio, ergo siguen abiertos nuevos cauces

Una de las razones alegadas por el Supremo Tribunal Federal brasileño para omitir la referencia a la sentencia de la CIJ sobre las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* en tanto que elemento de su *ratio decidendi* fue la aplicación del art. 59 del Estatuto de la CIJ. Este prevé que las decisiones de la Corte son “solo” obligatorias para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. Lo explica en estos términos:

“La Corte Internacional de Justicia, por su parte, al juzgar el caso sobre las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)* mantiene la doctrina clásica, reafirmando su carácter absoluto cuando se trata de actos de *jure imperii*. Una decisión, sin embargo, sin eficacia *erga omnes* ni carácter vinculante, conforme dispone el art. 59 del Estatuto de la propia Corte, y distinta porque se basa en una reparación global”⁸⁸.

El recurso al art. 59 del Estatuto de la CIJ lleva al Supremo Tribunal brasileño a soslayar el problema de fondo planteado en el caso –el alcance de la norma consuetudinaria sobre la inmunidad de jurisdicción cuando afecta a los derechos humanos–. En efecto, la decisión de la CIJ no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. El problema es que el Tribunal brasileño lleva esta interpretación hasta el extremo y parece admitir que la *auctoritas* de la jurisprudencia de la CIJ puede emplearse con carácter selectivo⁸⁹. Cierra el Supremo Tribunal esta argumentación afirmando que, conforme al art. 38 del Estatuto de la CIJ, “las decisiones de la Corte son un medio auxiliar para la determinación de las normas del Derecho. Por lo tanto, permanecen abiertos nuevos cauces”⁹⁰. Por consiguiente, cabe dejar de lado la aportación de la CIJ en materia de inmunidades jurisdiccionales del Estado.

Al no confrontar los argumentos de la CIJ, el Supremo Tribunal Federal apenas ahonda en las diferencias entre el caso *Changri-la* que tiene en sus manos y el caso de las

⁸⁸ Traducción propia. En el original: “A Corte Internacional de Justiça, por sua vez, no julgamento do caso das imunidades jurisdicionais do Estado (Alemanha Vs. Itália), manteve a doutrina clássica, reafirmando sua natureza absoluta quando se trata de atos *jure imperii*. Decisão, no entanto, sem eficácia erga omnes e vinculante, conforme dispõe o artigo 59, do Estatuto da própria Corte, e distinta por assentar-se na reparação global”, párr. 5.

⁸⁹ SALIBA, A. y LIMA, L., “The Law of State Immunity Before the Brazilian Supreme Court: What is at Stake with the “Changri-La” case?”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 18, n.º 1, 2021, pp. 53-58.

⁹⁰ *Ibid.* p. 32.

Inmunidades jurisdiccionales del Estado con relación al caso *Ferrini*⁹¹. El Tribunal brasileño solo destaca la existencia de una diferencia relevante entre ambos. Italia había recibido una compensación como indemnización y como remedio global; por el contrario, en Brasil no hubo tal indemnización por los actos cometidos por Alemania en aguas territoriales brasileñas⁹².

En suma, el Supremo Tribunal Federal brasileño dictamina que la inmunidad de jurisdicción cesa cuando entra en relación con los actos conectados con la violación de los derechos humanos. Lo hace sobre la base de los preceptos de índole interna contenidos en la Constitución brasileña. En este orden de cosas, descarta, primero, la norma internacional en tanto en cuanto no es compatible con la Constitución brasileña, y segundo, la sentencia de la CIJ que declara el carácter consuetudinario de la inmunidad de jurisdicción.

3. Los crímenes de guerra son a la vez *acta iure imperii* y actos ilícitos

El Supremo Tribunal describe los actos objeto del caso, cometidos por Alemania, como crímenes de guerra. Brasil entró a participar en la II Guerra Mundial tras el hundimiento de cinco barcos y un pequeño velero U-507, en agosto de 1942 y el estado de guerra fue declarado por el Decreto n. 10.358 de 31 de agosto de 1942⁹³. En este contexto, el Supremo Tribunal señala que “los actos cometidos en periodos de guerra contra la población civil en el territorio nacional, aunque sean actos de *jure imperii*, son ilícitos e ilegítimos”⁹⁴. Se remite a la opinión disidente del juez Cançado Trindade en el caso de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, que aporta una lectura contraria al contenido general de la sentencia e incide en lo siguiente:

“Grave breaches of human rights and of international humanitarian law, amounting to international crimes, are not at all acts *jure imperii*”⁹⁵.

Y añade:

⁹¹ Sí que se refirió al caso *Ferrini* en varias ocasiones para poner de relieve que en el ámbito judicial, los tribunales italianos han considerado que la inmunidad no debe prevalecer ante la violación de una norma de *jus cogens*, en Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário, *op.cit.*, p. 12.

⁹² La sentencia recoge una amplia serie de artículos doctrinales que critican la decisión de la CIJ sobre *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)* de 2012. Entre ellas, destacamos: BORNKAMNN, C., “State Immunity against Claims Arising from War Crimes: The Judgement of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State”, *German Law Journal*, vol. 13, n.º 2021, pp. 773-782; CONFORTI, B., “The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: a missed opportunity”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. XXI, 2012, pp. 135-142 y ESPÓSITO, C., “Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: ‘a conflict does exist’”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. XXI, 2012, pp. 161-174.

⁹³ Supremo Tribunal Federal, *Recurso extraordinário com Agravo 954.858 Rio de Janeiro*, *op.cit.*, p. 15.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 3.

⁹⁵ Opinión particular del juez Cançado Trindade, en la sentencia de la CIJ, *Inmunidades jurisdiccionales Alemania c. Italia*, *op.cit.*, párrs. 129

“There is no immunity for grave violations of human rights and of international humanitarian law, for war crimes and crimes against humanity. Immunity was never conceived for such iniquity”⁹⁶.

El Supremo Tribunal Federal apela desde el comienzo de su sentencia a la máxima *locus delicti commissi* (el foro del lugar donde se han cometido los actos motiva la reparación) y reconoce la “posibilidad de la relativización de la inmunidad de jurisdicción estatal en caso de actos ilícitos practicados en el territorio del foro en violación de los derechos humanos”⁹⁷. Esta tesis aparece expuesta de manera amplia a lo largo de la sentencia, a través de referencias a las “violaciones de los derechos humanos”, sin que aparezca necesariamente vinculada a la “gravedad” de las violaciones.

Curiosamente, las tajantes palabras de Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Furundzija* con relación al principio sobre la prohibición de la tortura, que señalan la evolución e incluso la erosión del principio de inmunidad jurisdiccional, no ejercen ningún impacto en la sentencia *Changri-la*. El Tribunal *ad hoc* fue explícito a la hora de subrayar la superior jerarquía normativa de las normas de *ius cogens* frente a las normas convencionales y consuetudinarias, y empleó para ello un razonamiento sobre los valores que aquellas comprenden:

“[...] Because of the importance of the values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm or *jus cogens*, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even ‘ordinary’ customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force”⁹⁸.

Así las cosas, el Tribunal brasileño apenas se detiene en la norma consuetudinaria sobre la inmunidad de jurisdicción⁹⁹, sino que se acoge al argumento sobre la violación de los derechos humanos en general. Tampoco repara el Tribunal brasileño en el matiz de las violaciones graves de la normativa internacional de los derechos humanos ni en el detalle sobre el derecho aplicable a los conflictos armados. Dicho esto, el umbral de gravedad de las violaciones de los derechos humanos y del DIH no es tenido en cuenta de manera sustancial por el Supremo Tribunal brasileño¹⁰⁰.

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 179.

⁹⁷ Supremo Tribunal Federal, *Recurso extraordinário com Agravo 954.858 Rio de Janeiro*, *op.cit.*, párr. 8.

⁹⁸ *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgment, ICTY, 10 de diciembre 1998, IT-95-17/1-T, párr. 153.

⁹⁹ CIJ, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, *op.cit.*, párr. 91.

¹⁰⁰ En 1989, el relator de la CDI sobre el proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad –Doudo Thiam– llamó la atención sobre las “infracciones graves” tal y como figuran en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I de 1977. En A/CN.4/SER.A/1989/Add.1 (Parte 2), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1989, vol. II, parte I, pp. 55-57, 83-85. Una década después, en su comentario sobre el art. 7 del mismo Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad, la CDI matizó que “Sería paradójico permitir a individuos, que en algunos aspectos son los más responsables de los crímenes previstos en el Código, invocar la soberanía del Estado y escudarse tras la inmunidad que su carácter oficial les confiere, dado que esos crímenes odiosos consternan la conciencia de

Para terminar este apartado, el caso *Changri-la* ofrece al Supremo Tribunal la oportunidad de examinar los principios de jurisdicción civil universal y del foro de necesidad en el caso de la alegación de actos de tortura. Sin embargo, el Tribunal pierde la ocasión de desarrollar una argumentación basada en la íntima conexión entre el derecho de las víctimas de la tortura a un recurso judicial y a un remedio efectivo¹⁰¹.

IV. ALGUNOS ELEMENTOS DE LA EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD COMO PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN

La Convención sobre inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes de 2004 alcanza su mayoría de edad sin haber entrado aún en vigor¹⁰². Pese a ello, su relevancia en la clarificación del Derecho internacional consuetudinario es reconocida tanto por la CIJ como por gran parte de la doctrina¹⁰³. Hace dos décadas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Al-Adsani*, señaló en el mismo sentido que “las normas del Derecho internacional público sobre la inmunidad estatal son reconocidas con carácter general” y sobre esta base “los Estados han conformado su conducta”¹⁰⁴. Esta sentencia aún constituye la referencia más citada en este marco. Todos ellos coinciden en afirmar que el principio de inmunidad de jurisdicción del Estado contenido en la Convención de 2004 es la expresión de una norma de Derecho internacional consuetudinario. Ahora bien, en opinión, entre otros, de Pavoni, el carácter consuetudinario de la Convención de 2004 es matizable dado que la obra de codificación no concreta el alcance de dicho principio general¹⁰⁵.

La primera manifestación sobre la existencia de una práctica favorable a la inmunidad fue reconocida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en 1812 en la sentencia *The Schooner Exchange c. McFaddon y otros*. El alto Tribunal concibió la inmunidad y su carácter absoluto a partir de la premisa de que los Estados no debieran juzgarse los unos

la humanidad, violan algunas de las normas más fundamentales del derecho internacional y amenazan la paz y la seguridad internacionales”, p. 29, párr.1.

¹⁰¹ NKENKEU-KECK, S., “L’arrêt Naït-Liman c. Suisse ou l’occasion manquée par la Cour européenne des droits de l’homme de renforcer l’effectivité du droit des victimes d’obtenir réparation de violations graves de droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, n.º 116, 2018, pp. 985-1003.

¹⁰² Conforme a la Convención de 2004, se requiere la ratificación de treinta Estados para su entrada en vigor, y a fecha de 1 de septiembre de 2021, son 22 los Estados que la han ratificado, de los 30 Estados partes requeridos para su entrada en vigor conforme a lo dispuesto en el art. 30.

¹⁰³ FERRER LLORET, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante el TEDH: la alargada sombra del Derecho Internacional consuetudinario”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 34, 2017; del mismo autor, “La insoportable levedad del Derecho Internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional*, n.º 24, 2012, pp. 1-36; NIGRO, R., *Le immunità giurisdizionali dello Stato e dei suoi organi e l’evoluzione della sovranità nel diritto internazionale*, CEDAM, 2018 y CIJ, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, *op.cit.*, párrs. 52-61.

¹⁰⁴ TEDH, *Al-Adsani c. Reino Unido*, n.º 35763/97, *op.cit.*, párrs. 53, 56 y 61.

¹⁰⁵ PAVONI, R., «The Myth of the Customary Nature of the United Nations Convention on the State Immunity: Does the End Justify the Means?», en VAN AAKEN, A., y MOTOC, I. (dirs.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 282.

a los otros¹⁰⁶. Al compás de la codificación de la Convención Europea de 1972 y de la Convención de 2004, la inmunidad se presenta no con un carácter absoluto sino relativo. El carácter relativo tiene lugar cuando se hace referencia a la distinción entre los actos *iure imperii* y los actos *iure gestionis*.

Una cuestión diferente es la determinación del alcance de la inmunidad de jurisdicción estatal respecto de las graves violaciones de los derechos humanos. La ausencia de un consenso inequívoco sobre el carácter absoluto de la inmunidad fue subrayada recientemente por la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *Benkharbouche*:

“There has probably never been a sufficient international consensus in favour of the absolute doctrine of immunity to warrant treating it as a rule of customary international law”¹⁰⁷.

Sin ir más lejos, el preámbulo de la Convención de 2004 prevé que se tiene en cuenta “*la evolución de la práctica* de los Estados respecto de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes” (cursiva añadida). Y en su parte III recoge un título dedicado a los “Procesos en que la inmunidad del Estado no puede ser incoada”¹⁰⁸. Precisamente, el examen de la evolución de la práctica –tanto cuando se trata de la relación entre la inmunidad de jurisdicción con la protección de los derechos humanos, como cuando se trata de clarificar la distinción entre los *acta iure imperii* y los *acta iure gestionis*– lleva a parte de la doctrina a sostener que el consenso internacional tan solo existe “en un alto nivel de abstracción”¹⁰⁹.

Tan es así que aún permanecen vigentes las críticas vertidas sobre la Convención de 2004 poco tiempo después de su aprobación. Una de las objeciones proviene del hecho de que la Convención de 2004 no contempla su relación con otras normas del Derecho internacional, incluidos los convenios internacionales de derechos humanos¹¹⁰. En efecto, quien la lee no adivina a comprender cómo resuelve el problema cuando su aplicabilidad es cuestionada por el principio de protección de los derechos humanos.

La excepción a la norma general sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado que más se acerca al supuesto de la violación de los derechos humanos aparece contenida en el art. 12 de la Convención de 2004¹¹¹. Ello se debe a que la acción contemplada en dicho

¹⁰⁶ United States Supreme Court, *The Schooner Exchange v. McFaddon*, No. 11 U.S. 116, 24 de febrero de 1812, pp. 116-137.

¹⁰⁷ Corte Suprema del Reino Unido, *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* y *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs v. Janah*, sentencia de 18 de octubre de 2017, párr. 52, accessible en: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0063-judgment.pdf>

¹⁰⁸ Arts. 10 a 17 de la Convención de 2004.

¹⁰⁹ FOX, H., “In defense of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is important”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, pp. 399-406, p. 404.

¹¹⁰ HALL, C.K., “United Nations Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol”, *The International and Comparative Law Quarterly*, n.º 55, 2006, pp. 411-426.

¹¹¹ FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “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 TORRES BERNÁRDEZ, S. y FERNÁNDEZ

precepto está vinculada con el hecho de que se haya producido un *daño material* en el *Estado del foro (locus delicti commissi)*. Es decir, en virtud del art. 12, ningún Estado puede hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal competente de otro Estado 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”¹¹². Ahora bien, a partir de aquí, este precepto presenta más escollos que oportunidades. Ante todo, porque no alude específicamente a los derechos humanos en cuanto a su ámbito de aplicación material, ni en tanto que excepción, ni en ningún otro sentido. En palabras de Ferrer Lloret, la Convención de 2004 guarda silencio a este respecto, lo que “no deja de ser un síntoma muy claro de que los 192 Estados miembros de Naciones Unidas que, por consenso, han protagonizado este proceso codificador, no han estado dispuestos a reconocer la vigencia de una excepción con el alcance señalado”¹¹³.

Aún más, en su comentario a la Convención de 2004, la CDI precisa que el art. 12 no es aplicable a las situaciones de conflicto armado. En concreto, la CDI afirma lo siguiente:

“Los tipos de daños previstos en el art. 12 se refieren principalmente a la muerte o lesiones accidentales de personas o daños a bienes corporales causados en accidentes de tráfico, en los que intervienen, por ejemplo, vehículos automóviles, motocicletas, locomotoras o embarcaciones de motor. En otras palabras, el artículo abarca la mayoría de los accidentes ocurridos en el transporte de bienes y personas por ferrocarril, por carretera, por vías de navegación o por vía aérea. [...] Tampoco afecta este artículo a la cuestión de las inmunidades diplomáticas [...], ni es aplicable a situaciones de conflicto armado”¹¹⁴.

Por otra parte, el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, hecho en Basilea el 16 de mayo de 1972, establece una excepción semejante en su art. 11¹¹⁵. Los Estados parte no podrán alegar la inmunidad de jurisdicción ante el tribunal de otro Estado parte en los procesos relativos a la reparación de los daños causados a las personas o a sus bienes si los actos que ocasionaron el daño o el perjuicio ocurrieron en el territorio del Estado del foro, y si el autor del daño estaba presente en dicho territorio en el momento en el que ocurrieron los hechos. Añade que dicha disposición debe interpretarse a la luz

ROZAS, C. (coords.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, op.cit.*, pp. 385-424.

¹¹² El art. 12 de la Convención de 2004 prevé textualmente: “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 de 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”.

¹¹³ FERRER LLORET, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional, op.cit.*, pp. 29-63.

¹¹⁴ Anuario CDI, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril-19 de julio de 1991), A/46/10, pg. 48, párr. 4 y pg. 49, párr. 10.

¹¹⁵ El Convenio Europeo sobre la inmunidad de los Estados, en vigor desde el 11 de junio de 1976, vincula actualmente a ocho Estados entre los que no figura España, ya que no lo ha ratificado.

de su art. 31, que excluye los actos realizados por las fuerzas armadas presentes en el territorio.

Con todo, y sobre estas bases, en la sentencia sobre las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, Alemania sostiene que ni el art. 12 de la Convención de 2004 ni el art. 11 del Convenio Europeo de 1972 reflejan una norma consuetudinaria. Alemania aduce además que tales disposiciones son irrelevantes en el caso dado que no contemplan su aplicación durante los conflictos armados¹¹⁶. A la luz de la práctica de los Estados analizada, la CIJ sostiene que la tesis de que la inmunidad del Estado para los *acta jure imperi* continúa aplicándose en las actuaciones judiciales civiles:

“The Court concludes that, under customary international law *as it presently stands*, a State is not deprived on immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflicts”¹¹⁷.

Dicho esto, en el actual estado de cosas del orden consuetudinario internacional (*as it presently stands*) la vulneración del derecho internacional humanitario en sí misma resulta insuficiente para someter a un Estado a los tribunales de otro Estado. El primero no pierde *per se* la inmunidad ante un tribunal extranjero porque haya violado el derecho internacional humanitario dado que el contexto del conflicto armado quedó claramente excluido de la excepción del art. 12 de la Convención de 2004.

Ahora bien, ante el caso de otras violaciones graves de los derechos humanos cometidas fuera del contexto del conflicto armado y dentro del Estado del foro, no se ha alcanzado acuerdo alguno entre los Estados. Pese a lo “deplorable” que esto pueda resultar para los defensores de los derechos humanos, que podrían describir esta situación como un abominable defecto del derecho, –en estos términos lo manifiesta Yang en su monografía–, así es como el derecho internacional actualmente contempla la inmunidad del Estado¹¹⁸. No obstante, la CIJ en la sentencia sobre las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, suaviza tal interpretación extrema al señalar que “el hecho de reconocer la inmunidad de un Estado extranjero conforme al derecho internacional consuetudinario no supone considerar lícita una situación creada por la violación de una norma de *ius cogens*”¹¹⁹. Esta afirmación es una vía remarcable que se echa de menos en las dos sentencias de 2021 estudiadas en este artículo.

Por otro lado, es cierto que el art. 12 de la Convención de 2004 no hace alusión alguna a los derechos humanos. Pero la exclusión que hace la CDI *expressis verbis* al *contexto del conflicto armado* no puede llevar a excluir la aplicación de los derechos humanos en tales

¹¹⁶ CIJ, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, *op. cit.*, párr. 63.

¹¹⁷ *Ibid.*, párr. 91. (cursiva añadida).

¹¹⁸ YANG, X., *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012.

¹¹⁹ CIJ, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (República Federal de Alemania c. Italia, intervención de Grecia)*, *op. cit.*, párr. 93.

situaciones¹²⁰. Las sentencias *Comfort Women* y *Changri-la* no ahondan en las carencias o en las posibilidades del art. 12 de la Convención de 2004, lo que resulta llamativo. Más aún cuando las excepciones a las que apelan no representan una práctica generalmente aceptada por los tribunales internos.

Los gestos mostrados por algunos Estados ante la excepción de inmunidad se sitúan en las declaraciones hechas en los instrumentos de ratificación de la Convención de 2004. Liechtenstein y Suiza introdujeron en su instrumento de ratificación una declaración en virtud de la cual consideran que el art. 12 no se extiende a la compensación pecuniaria por graves violaciones de los derechos humanos atribuibles a un Estado y cometidas fuera del Estado del foro. Consecuentemente, la Convención de 2004 se aplicaría “sin perjuicio” de los desarrollos del Derecho internacional en esta materia. Noruega y Suecia incorporaron declaraciones equiparables¹²¹. *A sensu contrario*, los Estados podrían admitir que la inmunidad jurisdiccional podría no prevalecer cuando se trate de graves violaciones de los derechos humanos cometidas fuera del territorio del Estado del foro¹²².

Los iusinternacionalistas italianos Cannizzaro y Bonafè apelan a la función motora de los tribunales internacionales en el proceso hacia confluencia de los dos principios que venimos analizando, el de los derechos humanos y el de la inmunidad de jurisdicción del Estado. Los autores enfocan su crítica en que el debate parte de una base equivocada: la idea de que el rango normativo superior del principio de protección de los derechos humanos conlleva el deber de los tribunales internos de aparcar la norma sobre la inmunidad, asumida como inferior en la jerarquía del orden internacional. Es decir, el debate asume como premisa que existe un conflicto entre dos sectores normativos, y que se soluciona mediante la aplicación del principio de la jerarquía normativa.

En su opinión, no es acertado entender que existe un conflicto entre un tipo de norma de carácter procesal, como la que garantiza la inmunidad, y un tipo de norma sustantivo, que protege los derechos humanos. Que el tribunal estatal aplique la norma sobre la

¹²⁰ La CDI admite tácitamente que el contexto de *no conflictu armadu* pueda ser objeto de una interpretación diferente. En la nota relativa a esta idea se refiere a las “posibilidades abiertas en el asunto *Letelier c. Republic of Chile* de 1980”, en Anuario CDI, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones, *op.cit.*, párr. 4.

¹²¹ Las declaraciones pueden encontrarse en <https://treaties.un.org/>. No es casual que la Resolución del Instituto de Derecho Internacional (IDI) en su sesión de 2009 de Nápoles sobre la “Inmunidad de jurisdicción del Estado y de las personas que actúan en nombre del Estado en los casos de crímenes internacionales” introdujera la cláusula “sin perjuicio de”. Es decir, lo estipulado en la Resolución del IDI sobre la inmunidad de jurisdicción se entendería “sin perjuicio de la cuestión sobre si un Estado goza de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales nacionales de otro Estado en los procedimientos relativos a un crimen internacional cometido por un agente del primer Estado”, Instituto de Derecho Internacional, “Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons who Act on Behalf of the State in case of International Crimes”, Tercera Comisión, Relatora Lady Fox, Sesión de Nápoles, 2009, art. II: “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” (art. IV), (cursiva añadida).

¹²² PAVONI, R., “Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations”, en DE WET, E., y VIDMAR, J., *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford University Press, 2012, pp.71-113.

inmunidad no equivale a justificar la conducta del Estado extranjero. Reconocer la inmunidad no significa reconocer *prima facie* el carácter legal de la conducta. En términos judiciales, no implica una valoración sobre el fondo del caso. Simplemente, impide que sean los tribunales internos los que juzguen si ha tenido lugar una conducta que eventualmente constituiría una violación grave de los derechos humanos¹²³.

En este sentido, el enfoque funcional de los dos órdenes legales –el interno y el internacional– disolvería el conflicto. El reconocimiento de la inmunidad en el ámbito interno no impide la reclamación en el ámbito internacional de las consecuencias de la conducta ilícita del Estado. La inmunidad restringe el recurso a la reparación en el orden doméstico, pero no altera la posibilidad de recurrir a los medios disponibles en el orden internacional, tanto judiciales como extrajudiciales. El orden legal internacional sería, en el actual estado de desarrollo del derecho internacional, un foro más apropiado para verificar la violación de los derechos humanos y para determinar la responsabilidad del Estado por tal infracción¹²⁴.

Esta aproximación, sin embargo, no resuelve el interrogante que se suscita en los casos en los que dado su carácter excepcional, los dos grandes principios del orden internacional no encuentran un punto de encaje en el que puedan acomodarse, ni en el orden interno ni en el orden internacional. El reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción sigue restando significado a la obligación del respeto de los derechos humanos. Al mismo tiempo, a la prohibición de la comisión de ciertos crímenes internacionales. Y en consecuencia, en último término, la responsabilidad internacional del Estado no encuentra un asidero legal en el que desplegarse.

Los autores citados orientan su tesis en dos direcciones. La primera, el sistema en principio confía el tratamiento del problema a otras vías o a otros mecanismos institucionales. Y en segundo lugar, la inmunidad no debería privar a las víctimas de su derecho a la reparación¹²⁵. En el actual estado de cosas, correspondería a los tribunales estatales justificar su entrada en el escenario y para ello, tal tribunal estatal podría sustanciar dicha intervención a la luz de una serie de argumentos. El objeto es que en el orden interno los tribunales se adecúen a unos requisitos comunes y compartidos que cabe plantear aquí a modo de hipótesis de trabajo.

A modo propositivo, los profesores Cannizzaro y Bonafè, desarrollan la hipótesis en los términos expuestos a continuación. El tribunal interno ha de demostrar que el medio internacional de reparación (incluido el acuerdo previo entre los Estados afectados) resulta estructuralmente insuficiente para la víctima. Y por ende, que el sistema interno es el único medio para contrarrestar la deficiencia. Para ello, antes de entrar a enjuiciar a un Estado extranjero, conviene que el tribunal interno se asegure de que concurren tres elementos en el proceso. En primer lugar, la existencia de pruebas recogidas por organismos internacionales que confirmen los hechos objeto del litigio. Si el tribunal interno se valiera de la evidencia aportada por un organismo internacional que hubiera

¹²³ CANNIZARO, E., “Of Rights and Remedies...”, *op.cit.*, p. 837.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 838.

¹²⁵ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, Thomson Reuters, 6ª ed., 2020, p. 95.

probado la existencia del acto ilícito, esto evitaría la caracterización de la decisión interna como un juicio unilateral sobre la legalidad de la conducta soberana de un Estado. En segundo lugar, corresponde al tribunal del Estado del foro corroborar la vigencia de un acuerdo previo entre las partes y valorar su alcance concreto. Levantar el velo de la inmunidad y ejercer la jurisdicción no estaría justificado si la disputa podía haberse arreglado por la vía diplomática. No en vano, la Convención de 2004 prevé expresamente que las excepciones tienen carácter dispositivo. Aluden a las excepciones siempre que los interesados no convinieren otra cosa. En último término, el tribunal estatal ha de explorar la posibilidad del demandante de acceder a un sistema de reparación puesto a disposición por el Estado extranjero presunto responsable. Incluso, una consideración global sobre los intereses en presencia puede revelar que la satisfacción parcial ofrecida por el Estado responsable sería preferible frente a la reclamación de la reparación total hecha por el demandante¹²⁶.

VI. CONCLUSIONES

La lectura de las sentencias *Ferrini* (22 de octubre de 2014), *Comfort Women* (8 de enero de 2021) y *Changri-la* (23 de agosto de 2021) permite afirmar que la excepción a la inmunidad de jurisdicción ante las violaciones graves de los derechos humanos se presta a interpretaciones dispares por algunos tribunales internos. Las tres sentencias tratan de alcanzar el mismo resultado: la cesación de la inmunidad ante la comisión de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad. Y con este fin, avivan los interrogantes ya abiertos en torno a la tensión entre la inmunidad de jurisdicción estatal y la violación grave de los derechos humanos. Fundamentalmente, el de la búsqueda de un equilibrio entre el derecho a la reparación de las víctimas y la inmunidad jurisdiccional del Estado.

Los tres órdenes judiciales, procedentes de Europa, Asia y Latinoamérica, tratan de avanzar hacia la excepción de inmunidad de jurisdicción estatal, pero lo hacen sin un mínimo intento de sistematización a la hora de examinar algunos aspectos fundamentales de Derecho internacional general. Llegan a sortear el principio consuetudinario de inmunidad de jurisdicción del Estado reconocido por la CIJ en la sentencia sobre *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, sin aportar una réplica constructiva, ni siquiera coincidente, en torno a una lectura alternativa a la del alto órgano judicial internacional de La Haya.

Las normas constitucionales, y una evidente dosis de voluntarismo sobre la que se conforman los razonamientos jurídicos de las sentencias analizadas, apenas contribuyen a esclarecer el alcance de la excepción a la inmunidad de jurisdicción en términos objetivamente apreciables. Por otro lado, el dilema jurídico se sitúa dentro de un marco amplio en el que se produce la interrelación entre tres aspectos del Derecho internacional: la inmunidad de jurisdicción, la reparación por las graves violaciones de los derechos humanos y la relación entre los órdenes internacional e interno. En efecto, las normas

¹²⁶ CANNIZZARO, E., y BONAFÈ, B., “Of Rights and Remedies: Sovereign Immunity and Fundamental Human Rights”, *op.cit.*, pp. 840-841.

internacionales sobre la inmunidad de jurisdicción operan en los procesos seguidos en el ámbito doméstico. Del mismo modo, la reparación acordada en el plano internacional se implementa en el ámbito interno de los Estados. Una explicación sobre la eventual modificación de la norma consuetudinaria relativa la inmunidad de jurisdicción del Estado ante las violaciones graves de los derechos humanos dentro del amplio marco mencionado habría conferido un sentido general y un mayor alcance a la práctica judicial analizada.

No obstante lo anterior, aunque es pronto para calificar la *vis expansiva* de esta práctica, convendría no subestimar los tres resultados expuestos –favorables a la excepción de inmunidad– ni desatender la posibilidad de que esta tendencia se replique en el futuro por otros tribunales estatales que conozcan de actos constitutivos de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad.